

FRA ENKELTVEDTAKETS GRENSELAND:

Om enkeltvedtaksstiftende kontakt mellom borger og forvaltning

Kandidatnr: 253

Veileder: Erlend Haaskjold

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17926 ord

21.04.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA OG HOVEDPROBLEMSTILLING	1
1.2	BEGREPSBRUK OG AVGRENSNINGER	2
1.3	ENKELTE ULIKE FORMER FOR KONTAKT	5
<u>2</u>	<u>ENKELTVEDTAKSBEGREPET OG HENSYN FOR OG MOT ENKELTVEDTAKSSTATUS</u>	<u>7</u>
2.1	HVILKE PROBLEMSTILLINGER BØR KNYTTES OPP MOT HVILKE VILKÅR?	7
2.2	OM ”FAKTISKE HANDLINGER” SOM AVGRENSNINGSKRITERIUM	9
2.3	HENSYN FOR OG I MOT ENKELTVEDTAKSSTATUS	15
2.3.1	BETYDNINGEN FOR BORGEREN OG RETTSSIKKERHET	15
2.3.2	EFFEKTIVITET OG ØKONOMI	16
2.3.3	HENSYNET TIL FLEKSIBILITET PÅ FORVALTNINGENS HÅND	18
2.3.4	HENSYNET TIL BORGERENS INNRETTELSE, DEN ALMINNELIG RETTSFØLELSE, RETTSTEKNIKK OG SAMMENHENG I RETTSSYSTEMET	19
2.3.5	TILLITEN TIL FORVALTNINGEN	19
<u>3</u>	<u>AVGJØRELSESVILKÅRET</u>	<u>20</u>
3.1	INNLEDNING	20
3.2	KAN DET UTLEDES FORMKRAV FRA AVGJØRELSESVILKÅRET?	21
3.2.1	GJELDER ET SKRIFTLIGHETSKRAV?	21
3.2.2	NÆRMERE OM FORVALTNINGSLOVEN § 23	22
3.2.3	KRAV TIL SPRÅKLIG UTTRYKK?	24
3.3	ER FORM LIKEVEL ET MOMENT I VURDERINGEN?	26
<u>4</u>	<u>BESTEMMELSESVILKÅRET</u>	<u>28</u>
4.1	INNLEDNING	28
4.1.1	NOEN PROBLEMSTILLINGER I TILKNYTNING TIL INNVIRKNINGSSPØRSMÅLET	29
4.1.2	GENERELT OM INNVIRKNINGSSPØRSMÅLET	30

4.2	"RETTIGHETER"	31
4.3	NEMNDUTTALELSER OL.	33
4.4	FORVALTNINGENS BEVISSTE UNNLATELSER	37
4.5	GJELDER EN HOVEDÅRSAKSLÆRE?	40
4.6	MÅ FORVALTNINGSAKTEN VÆRE "NYSKAPENDE"?	43
4.7	HØYESTERETTS AVGRENSNING I RT. 1999 SIDE 1517 (SELBUSJØEN)	47
4.8	KAN DET TENKES AVTALER OM "UTØVING AV OFFENTLIG MYNDIGHET" SOM IKKE SAMTIDIG ER ENKELTVEDTAK?	49
5	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER</u>	<u>52</u>
6	<u>KILDER</u>	<u>A</u>
6.1	LOVER	A
6.2	TRAKTATER	B
6.3	FORSKRIFTER	B
6.4	FORARBEIDER	B
6.5	ANDRE OFFENTLIGE DOKUMENTER	C
6.6	RETTSAVGJØRELSER	D
6.7	LITTERATUR	E

1 Innledning

1.1 Tema og hovedproblemstilling

Hver gang forvaltningen foretar seg noe av betydning for en borger, eller unnlater å foreta seg noe, oppstår spørsmålet om hvilke rettsvirkninger dette skal få for borgeren. Noen ganger får handlingen eller unnlatelsen ingen rettsvirkninger. Ofte vil dette være situasjonen der forvaltningen f.eks. antyder at en byggetillatelse vil bli gitt om det prosjekteres enkelte endringer i det omsøkte tiltaket. Andre ganger vil rettsvirkningen være at antydningen spiller inn som et moment i borgerens favør ved den senere skjønnsutøvelse.¹ Andre ganger igjen blir rettsvirkningen at forvaltningen har inngått en avtale med borgeren. Noen ganger vil rettsvirkningen være at det er fattet et enkeltvedtak. Situasjonen kan også være den at man har å gjøre både med et enkeltvedtak og en avtale på samme tid.

Både for borger og forvaltning er det av stor betydning hvilken av disse rettsvirkningene som gjør seg gjeldende, f.eks. i en situasjon hvor det er snakk om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. Dersom borgeren ønsker å angripe et slikt mellomværende, kan han i henhold til forvaltningsloven § 28 gjøre det ved klage til overordnet organ, forutsatt at rettsvirkningen av den kontakten som har funnet sted mellom ham og forvaltningen har status som enkeltvedtak. Men om rettsvirkningen av forvaltningsakten er at det er inngått en avtale mellom partene, må borgeren normalt gå veien om det avtalerettslige regelverket.²

Dersom det er forvaltningen som ønsker å angripe et slikt mellomværende, vil den kunne benytte sin ensidige omgjøringskompetanse etter forvaltningsloven § 35 om vi har å gjøre med et enkeltvedtak. Men dersom mellomværendet skal betraktes som en

¹ Se f.eks. Bernt (1981 a) side 100.

² Bernt påpeker for øvrig at valg av rettslig utgangspunkt normalt vil skape mindre problemer enn det kan se ut til ved første øyekast. Det kreves sterk interesseovervekt for at forvaltningen ensidig skal kunne omgjøre et vedtak i medhold av forvaltningsloven § 35 femte ledd. På samme måte er det bare kvalifisert urimelighet som kan begrunne revisjon i medhold av avtaleloven § 36, se bl.a. Bernt (1981 a) side 324.

avtale, er det igjen avtalerettens mekanismer som må benyttes. Betydningen for borger og forvaltning av om man står ovenfor en enkeltvedtak eller ikke vil behandles i pkt. 2.3 nedenfor.

I rettspraksis finnes flere eksempler der spørsmålet om man står ovenfor et enkeltvedtak har kommet på spissen. I Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) var saksforholdet at Direktoratet for jakt, viltstell og ferskvannsfiske i 1973 hadde satt ut krepsdyret *Mysis relicta* i Selbusjøen i den tro at dette krepsdyret ville gi fiskebestanden er bedre næringsgrunnlag. Utfallet ble imidlertid det motsatte. Fisken kunne ikke nyttiggjøre seg krepsdyret, og *Mysis relicta* ble i stedet en betydelig konkurrent til det allerede pressede næringsgrunnlaget i innsjøen. Fiskebestanden gikk ned, og grunneierne krevet erstatning. Et av spørsmålene Høyesterett stod ovenfor var om direktoratets handling, å sette ut krepsdyret, representerte et enkeltvedtak som kunne kjennes ugyldig. Dommen er skilt ut til egen behandling under pkt 4.7. Bruken av ”faktiske handlinger” som avgrensningskriterium er tema i pkt. 2.2.

I Rt. 2002 side 19 (Legerefusjon) var saksforholdet, noe forenklet, at trygdemyndighetene krevet tilbakebetalt en del refusjon to leger hadde mottatt. Ett av spørsmålene Høyesterett måtte ta stilling til var om refusjonsutbetalingene, som formelt sett skjedde med hjemmel i en avtale, var å betrakte som enkeltvedtak (pkt. 4.8).

I Rt. 1998 side 300 (Draktreklame) var saksforholdet at Rusmiddeldirektoratet sendte brev til to bryggerier med anmodning om å stanse bruken av firmanavnet i sin markedsføring. Ett av spørsmålene for Høyesterett var om et brevet representerte et enkeltvedtak jfr. (pkt. 4.6).

I denne avhandlingen er hovedproblemstillingen hvilken kontakt mellom borger og forvaltning som faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen i forvaltningen § 2.

1.2 Begrepsbruk og avgrensninger

Forvaltningsloven § 2 første ledd litra b jfr. litra a definerer enkeltvedtaket:

§ 2. (definisjoner).

I denne lov menes med:

- a) vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter);
- b) enkeltvedtak, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer;

At definisjonen kan by på vanskeligheter har lovgiver lenge vært kjent med. I forarbeidene heter det bl.a. at:

”Definisjonene har voldt betydelige vanskeligheter i praksis, men det er neppe mulig å finne en annen definisjon som gir mer entydige løsninger.”³

Og:

”Omgrepet ”enkvttak” er utvilsomt temmelig uskarpt, og det vil nok kunne gi grunn til tvil.”⁴

Og:

”Komiteen er klar over at definisjonen av vedtak/enkvttak i praksis vil kunne volde vanskeligheter. Det er likevel komiteens oppfatning at mer entydige definisjoner vanskelig kan finnes...”⁵

Videre er ”*enkvttak*” et konstruert juridisk begrep som antakelig særlig lekfolk i liten grad har noen bestemt oppfatning om hva innebærer. I dagligtalen brukes for eksempel ”vedtak” og ”avgjørelse” mer eller mindre synonymt. Mens forvaltningsloven som kjent benytter ”*vedtak*” i en snevrere og mer fagspesifikk betydning, slik at bare bestemte typer avgjørelser faller inn under begrepet.⁶ Derfor er det også behov for en legaldefinisjon.

Kommunenens såkalte utbyggingsavtaler, herunder spørsmålet om hvordan disse forholder seg til enkeltvedtaksdefinisjonen, har for eksempel vært gjenstand for et

³ Ot. prp. nr. 3 (1976-1977) side 54.

⁴ Ot. prp. nr. 38 (1964-1965) side 32.

⁵ Innst. O. nr. 50 (1976-1977) side 2.

⁶ Se også Eckhoff/Smith (2003) side 224, Boe (1999) side 5 flg. og Bernt/Rasmussen (2003) side 134.

doktoravhandlingsarbeid.⁷ En fullstendig gjennomgang av enkeltvedtakets grenseland ville sprengte rammene for en studentavhandling. Derfor har jeg valgt å utelukkende fokusere på hvilken kontakt som kreves mellom borger og forvaltning før det er fattet enkeltvedtak.

Både kontakt i form av samhandling, ensidige handlinger fra borger eller forvaltning og bevisst unnlatelse av å handle fra forvaltningen omfattes av betegnelsen "kontakt" slik jeg benytter begrepet. I denne avhandlingen vil jeg, med mindre noe annet blir sagt, forutsette at vilkårene om "*utøving av offentlig myndighet*", "*private personer*" og "*en eller flere bestemte personer*" jfr. forvaltningsloven § 2 første ledd litra a og b er oppfylt.

Likeledes vil jeg forutsette kompetanse hos forvaltningen, både til å fatte vedtak og til å inngå avtaler. Utenfor denne avhandlingen faller derfor bl.a. problemstillingen om forvaltningen kan "*gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av offentlig myndighet*" jfr. Høyesteretts formulering i Rt. 1992 side 1235.

Av praktiske årsaker vil jeg i det følgende bruke begrepet "borger" synonymt med "*private personer*" i forvaltningsloven § 2 første ledd litra a, som etter lovteksten omfatter "*enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter*".

Jeg vil benytte betegnelsen "forvaltningsakt" som en positiv angivelse av alt forvaltningen foretar seg, uavhengig av om handlingen, inngrepet eller unnlatelsen konstituerer enkeltvedtak eller ikke. Dette fordi det er et praktisk behov for et begrep som omfatter alt forvaltningen foretar seg, eller bevisst unnlater å foreta seg, når siktemålet er å analysere rettsvirkningene av kontakt mellom borger og forvaltning. Dette begrepet må ikke foregripe konklusjonen slik at det samtidig tas stilling til, eller gis føringer i retning av, om kontakten medfører status som enkeltvedtak eller ikke, slik som f.eks. begrepet "forvaltningshandling. Ordet "handling" gir assosiasjoner til forvaltningens "faktiske handlinger" som juridisk teori i stor grad avgrenser enkeltvedtaksbetegnelsen mot (se pkt. 2.2). Dessuten innebærer ordet "handling"

⁷ Johan Greger Aulstads avhandling "*Forvaltningens adgang til å motta ytelser fra private rettssubjekter ved offentlig myndighetsutøvelse - Illustrert ved utbyggingsavtaler på plan- og bygningsrettens område*", som i skrivende stund er til bedømmelse for den juridiske doktorgraden.

samtidig en avgrensning mot situasjonen der forvaltningen bevisst forholder seg passiv og lar være å gripe inn. Gode grunner tilsier imidlertid at også bevisst passivitet fra forvaltningen kan være enkeltvedtaksstiftende (pkt. 4.4).

Betegnelsen ”forvaltningsakt” ble imidlertid tidlig i lovprosessen, etter inspirasjon fra Castberg, benyttet av forvaltningskomiteen på den type inngrep og ikke-inngrep som siden fikk betegnelsen ”vedtak”.⁸ I noen grad kan dette være egnet til å forvirre lesere med god kjennskap til norsk forvaltningsrett fra før vedtakelsen av forvaltningsloven. På den annen side har både begrepet ”vedtak” og begrepet ”enkeltvedtak” stått uforandret siden 1967, og de færreste har lenger noe forhold til begrepet ”forvaltningsakt”. Videre opererte forvaltningskomiteen også med begrepet ”forvaltningsakter i videre mening”.⁹ Som Bernt må man derfor kunne si at betegnelsen ”forvaltningsakt” er blitt benyttet ”med noe vekslende avgrensning og meningsinnhold”.¹⁰ Det må derfor være forsvarlig å benytte begrepet ”forvaltningsakt” på en annen måte i dag enn det Castberg i sin tid gjorde.

Endelig er ”forvaltningsakt” betegnende både for aktivitet og inaktivitet fra forvaltningen. Første delen av ordet, ”forvaltning”, klargjør at det nettopp er forvaltningen man har for øyet. Og den andre delen av ordet, ”akt”, har et flertydig meningsinnhold som gjør det egnet til å betegne både aktive og passive situasjoner.

1.3 Enkelte ulike former for kontakt

Det er hovedsaklig to ulike parametere som må vurderes ved spørsmålet om det har vært nødvendig kontakt mellom forvaltning og borger for at man står ovenfor et enkeltvedtak. Det første knytter seg til den *formen* kontakten har hatt. Må enkeltvedtak fattes i bestemte former (pkt. 3.2)? På en kontaktskala kan vi i den ene enden se for oss en skriftlig henvendelse fra forvaltning til borger som benevnes ”enkeltvedtak”, f.eks. avslag på søknad om konsesjonspliktig erverv av fiskeoppdrettsanlegg.¹¹ Vi kan tenke oss at forvaltningen utferdiger et brev på sitt brevpapir, benevnt enkeltvedtak og signert

⁸ Se Innstillingen side 208 og Castberg (1955) side 139.

⁹ Innstillingen side 208.

¹⁰ Bernt (1981 a) side 3-4.

av avdelingssjefen som innholdsmessig klart slår fast at søkeren nektes konsesjon. Det kan ikke være tvilsomt at en slik forvaltningsakt tilfredsstiller alle tenkelige krav til form. Lenger ned på kontaktskalaen kan vi tenke oss at henvendelsen kommer fra en underordnet tjenestemann, (jeg forutsetter her at han besitter den nødvendige kompetanse) og at den når borgeren i form av e-post i stedet for a-post. Hva hvis e-posten i tillegg sendes fra tjenstemannens private e-postkonto? Hva hvis henvendelsen i tillegg rent innholdsmessig er flertydig, slik at det for borgeren kan fremstå som om han faktisk er blitt tildelt konsesjon, mens forvaltningen mente å tilkjennegi det motsatte? Får disse endrede kontaktformene betydning for forvaltningsaktens status som enkeltvedtak?

Det andre hovedparameteret knytter seg til spørsmålet om forvaltningsakten har fått den nødvendige *innvirkning* på borgeren, altså hvilke konsekvenser forvaltningsakten får for borgeren (pkt. 4).

Har vi eksempelvis å gjøre med et enkeltvedtak der Konkurransetilsynet bevisst unnlater å gripe inn mot et bedriftsservicemiljø som konkurrentene på det relevante markedet mener vil gi den nye enheten for stor markedsrett? Og er det et krav for enkeltvedtaksstatus at forvaltningsakten er hovedårsaken til at borgerens rettsposisjon endrer seg? Forholdet til de bevisste unnlatelser vil behandles nedenfor under pkt. 4.4 og den såkalte "årsakslæren" vil behandles under pkt. 4.5.

Hva med situasjonen der en kommune sender et brev til et serveringssted organisert som et aksjeselskap om at selskapet etter etatsens syn har overdratt en "*dominerende andel*" av selskapets aksjer, og at bevillingen dermed "*faller bort*" jfr. alkoholloven § 1-10 første ledd? Er dette en "*avgjørelse*" som er "*bestemmende*" for selskapets rett til å servere alkohol? I hvilken grad forvaltningsakten må skape noe "nytt" vil behandles i pkt. 4.6 nedenfor.

Der man står ovenfor forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet kan situasjonen også by på tvil. Vi kan snu på eksempelet ovenfor om oppdrettsanlegget, og tenke oss at forvaltningen og søkeren inngår en alminnelig privatrettslig avtale om at søkeren får

¹¹ Fiskeridepartementet har vedtakskompetanse jfr. fiskeoppdrettsloven § 3 første ledd. Denne er delegert

konsesjon på enkelte vilkår, mot at forvaltningen avstår fra å tildele nye konsesjoner til oppdrettsdrift i området. Avtalen nedtegnes og paraferes av de personelt kompetente personer. Denne avhandlingen begrenser seg som nevnt til å omfatte kontakt som får enkeltvedtak som rettsvirkning, og jeg forutsetter at forvaltningen besitter kompetanse både til å inngå avtaler og til å fatte enkeltvedtak. Men problemstillingen om det kan tenkes gyldige avtaler mellom borger og forvaltning om *"utøving av offentlig myndighet"*, som ikke samtidig er enkeltvedtak, vil behandles under pkt. 4.8.

2 Enkeltvedtaksbegrepet og hensyn for og mot enkeltvedtaksstatus

Utgangspunktet for enhver lovtolkning er hvordan ordlyden må forstås ut i fra en normal språklig forståelse.¹² Begrepet *"enkeltvedtak"* legaldefineres imidlertid i § 2 første ledd litra b jfr. litra a. Metodisk må derfor utgangspunktet bli et annet, slik at man i stedet for å ta utgangspunkt i en språklig forståelse av begrepet *"enkeltvedtak"*, tar utgangspunkt i de ulike vilkårene i legaldefinisjonen.

2.1 Hvilke problemstillinger bør knyttes opp mot hvilke vilkår?

Min hovedproblemstilling reiser særlig to underproblemstillinger; én knytter seg til forvaltningsaktens form (pkt. 3) og én til hvilken innvirkning forvaltningsakten får på borgeren (pkt. 4). Et spørsmål som dermed reiser seg, er hvilke problemstillinger som skal knyttes opp mot *"avgjørelse"* (*"avgjørelsesvilkåret"*), og hvilke som skal knyttes opp mot *"bestemmende for rettigheter eller plikter"* (*"bestemmelsesvilkåret"*).

Realiteten vil i liten grad påvirkes av hvordan man velger å strukturere dette.

Problemstillingen er derfor i all hovedsak av fremstillingsteknisk karakter.¹³ Et

til Fiskeridirektoratet som igjen har subdelegert kompetansen videre til sine regionskontorer.

¹² Se f.eks. Rt. 1997 side 1341 (Hønsehaukdommen), som tar utgangspunkt i *"alminnelig norsk språkforståelse"*.

¹³ Som Boe peker på, så kan unntak tenkes, altså at valget av fremgangsmåte kan få materiell betydning for konklusjonen der problemstillingen er om man har å gjøre med et enkeltvedtak eller ikke. Dette gjelder i forhold til de såkalte *"faktiske handlinger"* som skal behandles nedenfor under pkt. 2.2. Den som velger å avgrense mot de faktiske handlingene fordi slike ikke er *"avgjørelser"*, vil kunne få avvikende konklusjoner i forhold til den som avgrenser mot de faktiske handlinger fordi slike ikke er *"bestemmende"* for borgerens *"rettigheter"*. Mange faktiske handlinger vil nemlig åpenbart være

eksempel på dette, har vi i forhold til det å avskilte en bil med hjemmel i vegtrafikkloven § 36 nr. 3 fordi kjøretøyet ikke er blitt omregistrert i tråd med de regler som oppstilles i lovens § 15. Et vilkår for avskilting er nemlig at "*bruken av en motorvogn*" ... "*blir forbudt etter* [§ 36] nr. 1".¹⁴ Selve avskiltingen vil derfor ikke være "*bestemmende*" for borgerens rett til å kjøre bil, for på avskiltingstidspunktet er det nødvendigvis allerede "bestemt" at han ikke har rett til å kjøre denne bilen. Samtidig kan ikke avskiltingen her representere noen "*avgjørelse*", for dette ble "avgjort" av politi eller regionskontor forut for selve avskiltingen. Uansett om man knytter vurderingen av hvordan denne forvaltningsakten har virket på borgeren opp mot avgjørelsesvilkåret eller bestemmelsesvilkåret, vil ikke denne avskiltingen representere et enkeltvedtak.

Teorien løser spørsmålet om hvilke problemstillinger som skal knyttes til hvilke vilkår på ulike måter.¹⁵ Dette bidrar generelt til klarhet, og spesielt gjør det teorien mindre tilgjengelig for praktikere. Videre blir reelle meningsforskjeller mellom teoretikerne mindre synlige. Særlig retts tekniske hensyn rettferdiggjør derfor en drøftelse av hvilke problemstillinger som bør knyttes opp mot hvilke vilkår.

I innstillingen uttaler komiteen om inspeksjoner og befaringer at dette "*nok*" er

"forvaltningsakter i videre mening, men de tar ikke sikte på å stifte noen rett eller plikt for den enkelte. De kan ha faktiske virkninger, men vedtak er de ikke."¹⁶

"[R]ett og plikt for den enkelte" har språklig sett nærmere tilknytning til vilkåret "*bestemmende for rettsstillingen til partene*" (slik ordlyden lød da), enn til "*avgjørelse*". Lovgiver synes derfor å ha forutsatt at spørsmål om hvordan forvaltningsakten virker inn på borgeren skal knyttes til bestemmelsesvilkåret.

"bestemmende" for borgerens "*rettigheter*". Dersom forvaltningen river en bro kan dette ødelegge adkomsten til en borgers eiendom. Dette igjen kan medføre verdireduksjon på eiendommen. Det er åpenbart at dette er en "*rettighet*", og det er lite tvilsomt at rivingen er "*bestemmende*" for denne. Om rivingen i seg selv utgjør en "*avgjørelse*" kan derimot være mer tvilsomt. Dermed kan også valget av fremgangsmåte teoretisk sett få materiellrettslig betydning, se Boe (1999) på side 23.

¹⁴ Min understrekning.

¹⁵ Kragset og Smith virker å knytte spørsmålet om innvirkning opp mot bestemmelsesvilkåret, mens Graver dels vurderer spørsmål knyttet til innvirkning opp mot bestemmelsesvilkåret, og dels opp mot avgjørelsesvilkåret; Kragset (1998) side 15, Smith (1984) side 20 og Graver (2003) side 350 flg.

¹⁶ Se Innstillingen side 208 (min understrekning). I Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) side 32 uttaler departementet om innstillingen at den generelt gir uttrykk for at vedtaket må "*atskilles fra faktiske handlinger*". Jeg har vanskelig for å se at Innstillingens ordlyd gir støtte for en slik generell avgrensning.

I Innst. O. nr. 50 (1976-1977) ble riktignok ordlyden endret på dette punktet, og erstattet med formuleringen vi har i dag; *"bestemmende for rettigheter eller plikter"*. Men her påpekes samtidig at dette ikke var ment å gi anvisning på noen realitetsendring; se nærmere om dette under pkt. 4.2. Også med dagens ordlyd kan derfor forvaltningslovens forarbeider generelt tas til inntekt for at spørsmål knyttet til innvirkning på borgeren bør knyttes opp mot bestemmelsesvilkåret.

Også rettspraksis kan tas til inntekt for at innvirkningsspørsmålet skal knyttes opp mot bestemmelsesvilkåret og ikke avgjørelsesvilkåret. Rt. 1999 side 1517 er presentert ovenfor under pkt. 1.1. Her heter det bl.a. at avgjørende *"for om vi står overfor et forvaltningsvedtak, er om mysisutsettingen kan sies å være « bestemmende for rettsstillingen » til grunneierne, jf. forvaltningsloven §2 første ledd bokstav a."*

Rettskildematerialet trekker derfor totalt sett i retning av at bestemmelsesvilkåret konsumerer avgjørelsesvilkåret for spørsmålet om hvilke krav til innvirkning på borgeren som gjelder før vi er innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Språklig må det være klart at et eventuelt krav til form ikke kan utledes av *"bestemmende"*. Drøftelsen av dette spørsmålet vil derfor knyttes til lovens vilkår om at det må være fattet en *"avgjørelse"*.

2.2 Om "faktiske handlinger" som avgrensningskriterium

Problemstillingen i dette avsnittet er om enkeltvedtaksdefinisjonen gir anvisning på en generell avgrensning mot "faktiske handlinger". Avgrensningen er utbredt i juridisk teori på tross av at det verken eksisterer noen legaldefinisjon,¹⁷ eller noen annen allment akseptert definisjon, av hva som ligger i betegnelsen.¹⁸

Som jeg skal komme nærmere tilbake til under pkt. 3 nedenfor, kan det ikke utledes noen absolutte formkrav for enkeltvedtak fra forvaltningsloven § 2. En avgrensning mot de faktiske handlinger kan derfor ikke begrunnes eksempelvis i at slike ikke kommer skriftlig til uttrykk.

¹⁷ Se bl.a. Graver (2003) side 351 følgende og side 320 hvor det heter at i "forhold til § 2 vil ikke faktiske handlinger falle inn under begrepet "avgjørelse".

¹⁸ Kraby (1996) side 157 gir følgende eksempler: "høre, se, snakke, skrive og spørre".

Om man som Graver skal operere med en generell avgrensning mot ”faktiske handlinger”, må dette i tilfelle begrunnes i enkeltvedtaksdefinisjonens annet hovedparameter, altså at faktiske handlinger ikke har den nødvendige innvirkning på borgeren.

Graver hevder at forskjellen på en faktisk handling og en forvaltningsavgjørelse er at *”en faktisk handling direkte retter seg mot å etablere eller endre en faktisk tilstand, mens en forvaltningsavgjørelse retter seg mot å etablere eller endre en rettslig tilstand”*.¹⁹ Slutningen er problematisk av særlig to årsaker. For det første så må det å klippe skiltene på en bil språklig sies å være en typisk ”faktisk handling.” Graver hevder dessuten selv at der *”politiet fjerner skiltene fra en bil”* forutsatt at *”dette [er] uttrykk for et forbud mot å kjøre bilen inntil den er bragt i forsvarlig teknisk stand”*, så er *”avgjørelsen om å fjerne skiltene er et vedtak i forvaltningslovens forstand”*.²⁰ Gir ikke Graver her selv et eksempel på en faktiske handling som *”retter seg mot å etablere eller endre en rettslig tilstand”*?

Det andre problemet med Gravers slutning, er at han knytter avgrensningen til hva forvaltningsakten *”retter seg mot”*. Ordlyden i forvaltningsloven § 2 første ledd litra a jfr. litra b gir ikke støtte for at det avgjørende er hva forvaltningen har ment med forvaltningsakten. Man har utallige eksempler fra praksis på at en forvaltningsakt, som forvaltningen selv mente at ikke representerte et enkeltvedtak, likevel gjorde det.²¹ Det er rett og slett ikke tvilsomt etter gjeldende rett at forvaltningsakter kan være enkeltvedtak uavhengig av hva forvaltningen selv måtte mene om spørsmålet. En etterfølgende vurdering av innvirkningen kommer man uansett ikke utenom.

Graver hevder også at *”en faktisk handling per definisjon ikke stifter normer”*.²² Er dette riktig? At faktiske handlinger kan være rettstiftende innen kontraktsretten er f.eks. ikke tvilsomt. Dette vil f.eks. være tilfellet ved massetransaksjoner i dagliglivet. Videre skifter en rekke forbruksvarer eier uten at det utveksles et eneste ord.²³ Det er heller ikke tvilsomt, at den som rekker armen i været under en auksjon kan ha avgitt et

¹⁹ Graver (2003) side 353.

²⁰ Graver (2003) side 353.

²¹ Se f.eks. Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen). Problemstillingen vil behandles nærmere under pkt. 4.7

²² Graver (2003) side 478.

²³ Se f.eks. Haaskjold (2002) side 19.

bindende tilbud om å kjøpe gjenstanden til gjeldende utropspris. Er det da grunn til å opprettholde denne avgrensningen i forvaltningsretten?

Igjen vil jeg peke på at Graver aksepterer at det å klippe skiltene på en bil kan representere et enkeltvedtak. I Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) går dessuten Høyesterett meget langt i å åpne for at typisk faktiske handlinger kan representere enkeltvedtak. Faktum er presentert ovenfor under pkt. 1.1. Høyesterett peker på at det å sette ut krepsen var en faktisk handling. Videre heter det i den enstemmige dommen: *”Som utgangspunkt må etter min mening et tiltak som klart skader fisket, sies å være « bestemmende » for grunneierens fiskerett.”* Høyesterett knytter altså vurderingen av om utsettingen av fisken var et enkeltvedtak direkte til virkningen av forvaltningsakten, og gir ikke staten medhold i sin anførsel om at den ikke konstituerte noe enkeltvedtak fordi man hadde å gjøre med *”en faktisk handling og ingen offentligrettslig myndighetsakt”*. Men Høyesterett finner det *”etter omstendighetene unødvendig å konkludere med hensyn til om vi her står overfor et enkeltvedtak”*.²⁴ Dette fordi forvaltningen etter rettens syn hadde opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt uavhengig av om man stod ovenfor et enkeltvedtak eller ikke. At uttalelsen dermed må forstås som et obiter dictum er av en viss betydning for dens vekt.²⁵

På et område bestemmer forvaltningsloven selv at forvaltningsakter som språklig må forstås som ”faktiske handlinger” skal regnes som enkeltvedtak, nemlig for *”bruk av særlige tvangsmidler for å få gjennomført et vedtak”* jfr. forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Man kan derfor ikke lenger som Castberg si at *”beslutning om at et hus skal nedrives”* er et enkeltvedtak, men at de *”fysiske handlinger hvorved nedrivelsen så finner sted”* ikke er det.²⁶ § 2 tredje ledd bestemmer altså at en del typiske faktiske handlinger kan representere enkeltvedtak, mens flere teoretikere mener at man i forhold til § 2 første ledd må avgrense mot ”faktiske handlinger”. Dette på tross av at begge

²⁴ At domstolene på denne måten unnlater å direkte fastslå at også såkalte faktiske handlinger representerer enkeltvedtak, har man en rekke eksempler på også i underrettspraksis, se senest kjennelse fra Oslo Byfogdembete av 16. juli 2004. Staten hevdet har at politiets muntlige pålegg om stengning av et serveringssted i medhold av alkoholloven § 1-8 a var *”politifaglig rettshåndhevelse”* og derfor en faktisk handling som etter statens syn ikke falt innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. For retten var det ikke nødvendig å besvare dette spørsmålet, og den nøyet seg også med å gi saksøker medhold i at han hadde rettslig interesse i forføyningen jfr. tvistemålsloven § 54.

²⁵ Eckhoff (2000) side 172. Dog er det omstridt om hvor langt dette gjelder der det er snakk om obiteruttalelser som synes særlig gjennomarbeidet og som har stor prinsipiell betydning jfr. bl.a. Boe (2004), se note 2 på side 517.

bestemmelsene opererer med vilkåret *"avgjørelse"*. Backer uttaler om § 2 tredje ledd at det *"åpenbart [er] umotivert å trekke noe skille ettersom det er truffet formell avgjørelse eller ikke"*.²⁷ Dersom man derimot trekker den - slik jeg ser det riktige - konklusjon at avgjørelsesvilkåret i § 2 første ledd litra a ikke oppstiller formkrav, unngår man imidlertid å måtte tolke *"avgjørelse"* ulikt hva enten man befinner seg i § 2 første ledd, eller i § 2 tredje ledd.

Det samme kan sies om § 6 som også benytter seg av et avgjørelsesvilkår. Det er ikke tvilsomt at habilitetsreglene også rammer den forvaltningstjenestemann som skal utføre en faktisk handling. Graver legger derfor også til grunn, at *"avgjørelse"* må gis et annet innhold i § 2 første ledd enn det har i § 6 (og i § 2 tredje ledd).²⁸ Om man i stedet aksepterer heller ikke avgjørelsesvilkåret i § 2 første ledd innebærer noen avgrensning mot faktiske handlinger, slipper man å måtte tolke forvaltningsloven på en slik språklig inkonsekvent måte.

Eckhoff/Smith sier om Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen), som altså ikke er kategorisk i skillet mellom *"faktiske handlinger"* og rettslige disposisjoner/normeringer, at dommen *"gir et avskrekkende eksempel på uklar språkbruk"* men at dette *"ikke er noe argument mot ryddig terminologi"*, og siden: *"Slik domstolene ordlegger seg, er grensen mellom rettslige disposisjoner (som kan kjennes ugyldige) og faktiske handlinger i denne relasjon til dels uklar. Rt. 1999 s. 1517 (Selbusjøen) gir et avskrekkende eksempel"*.²⁹

Jeg forstår derfor Smith for det første dit hen at han indirekte mener at *"faktiske handlinger"* er et egnet avgrensningskriterium for hvilke forvaltningsakter som faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen, og hvilke som ikke gjør det. For det andre forstår jeg ham indirekte dit hen, at det faktum at den alminnelige oppfatningen om at faktiske handlinger ikke kan kjennes ugyldige, er et argument mot at faktiske handlinger representerer enkeltvedtak.

²⁶ Castberg (1955) side 139.

²⁷ Backer (1986) side 596.

²⁸ Graver (2003) side 319-320.

²⁹ Eckhoff/Smith (2003) side 310 og side 448.

Jeg stiller meg tvilende til om terminologien Eckhoff/Smith m.fl. forfekter nødvendigvis er så ”ryddig”, og kan vanskelig se at Høyesteretts språkbruk i Rt. 1999 side 1517 kan betraktes som ”uklar”. Igjen: En enstemmig Høyesterett uttaler at ”*Som utgangspunkt må etter min mening et tiltak som klart skader fisket, sies å være « bestemmende » for grunneierens fiskerett,*” (og derfor et enkeltvedtak). Etter mitt skjønn er det vel så nærliggende å forstå Høyesterett slik at de bevisst ønsker å knytte vurderingen til forvaltningsaktens virkninger, og ikke dens karakter.

Eckhoff/Smith peker imidlertid på et problem i forhold til det å akseptere at faktiske handlinger kan representere enkeltvedtak, nemlig forholdet til ugyldighetskarakteristikken. En inngående drøftelse av ugyldighetsbegrepet faller på siden denne avhandlingens hovedproblemstilling. Men for de faktiske handlingers vedkommende kommer man vanskelig helt utenom materien.

Hensynet til sammenhengen i rettssystemet, tilsier klart at man ikke kan operere med en type enkeltvedtak som kan kjennes ugyldige, og en type som ikke kan det. Aksepterer man derfor at faktiske handlinger kan representere enkeltvedtak, så må man nødvendigvis også akseptere at disse enkeltvedtakene kan kjennes ugyldige. Følgende problemstilling kan reises: Er det utelukket å kjenne ugyldig en ”bestemmende” forvaltningsakt, som utad bare manifesteres i en faktisk handling? Og er dette et argument mot å akseptere at faktiske handlinger kan representere enkeltvedtak?

På samme måte som Graver hevder at faktiske handlinger ikke kan være enkeltvedtak, uttaler han om faktiske handlingers forhold til ugyldighetskarakteristikken: ”*Feil som begås i tilknytning til faktiske handlinger leder selvsagt ikke til ugyldighet, fordi en faktisk handling per definisjon ikke stifter normer*”.³⁰ Som jeg har vært inne på ovenfor, tror jeg det er misvisende å hevde at en faktisk handling pr. definisjon ikke kan stifte normer. Likeledes er jeg svært tvilende til om det er riktig at de enkeltvedtak slike faktiske handlinger dermed kan representere ”*selvsagt ikke [leder] til ugyldighet*”.

³⁰ Graver (2003) side 478.

I moderne forvaltningsteori betraktes gjerne ugyldighetsbegrepet som en koblingssentral mellom regler om hvilke feil som er av betydning, og hvilke følger disse feilene får.³¹ Dersom et enkeltvedtak er ugyldig, kan man få dom for dette og forvaltningen kan omgjøre vedtaket i medhold av forvaltningsloven § 35 første ledd litra c. Og er vedtaket i tillegg en nullitet kan borgeren uten videre se bort fra det. Ugyldighet er ikke et vilkår for erstatning,³² men et av flere mulige grunnlag for å konstatere at forvaltningen har handlet rettsstridig, hvilket er et vilkår for et offentlig erstatningsansvar.³³

Språklig sett virker det imidlertid noe anstrengt å si at utsetting av krepss, med utilsiktede virkninger som følge, representerer et ugyldig enkeltvedtak, slik som Høyesterett indirekte åpner for i Rt. 1999 side 1517. Likeledes kan det virke anstrengt å si at en konsekvens av at politiet på galt rettslig eller faktisk grunnlag klippet skiltene på en bil er ugyldighet. Men bare dersom man aksepterer at avskiltingen er et enkeltvedtak, vil den private part være sikret gjennom saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. IV-VI. Videre det er for lengst akseptert at også rettsstridige faktiske handlinger fra forvaltningen kan være erstatningsbetingende for forvaltningen, og at legalitetsprinsippet gjelder også for faktiske handlinger.³⁴ Etter min mening er det derfor langt i fra *”selvsagt”* at ikke også enkeltvedtak som kommer til uttrykk gjennom faktiske handlinger skal kunne kjennes ugyldige.³⁵ Etter min mening kan derfor heller ikke forholdet til ugyldighetslæren være et argument i disfavør av å forlate avgrensningen mot de *”faktiske handlinger”*.

Backer hevdet allerede i 1986 at det *”neppe”* er *”grunn til å tolke kriteriet ”avgjørelse” så strengt at det avskjærer ethvert tilfelle hvor avgjørelsen ikke får noe selvstendig språklig uttrykk, men bare ligger innbakt i utførelsen av en faktisk handling”*.³⁶

³¹ Se f.eks. Eckhoff/Smith (2003) side 423.

³² Se bl.a. Rt. 1992 side 453 (Furunkulose). Hos Eckhoff/Smith (2003) behandles det offentlige erstatningsansvar på side 447 under kapittel 30 *”Følger av ugyldighet”*. Som påpekt av Graver (2003) på side 508 kan dette være egnet til å forvirre. Også Bernt fremholder at *”det i alle fall er høyst tvilsomt om det er noen særlig fruktbar terminologi å betegne erstatningskrav som en ugyldighetsvirkning”* jfr. Bernt (1981 b) side 131.

³³ Likeledes: Graver (2003) side 507 flg.

³⁴ Se bl.a. Rt. 1992 side 453 og Kraby (1996) side 145 flg.

³⁵ Graver (2003) side 478.

³⁶ Backer (1986) side 596-597. Jeg velger, i likhet med Høyesterett i Rt. 1999 side 1517 å drøfte forholdet til de faktiske handlinger i forhold til bestemmelsesvilkåret, jfr. nærmere om dette fremstillingstekniske spørsmålet i pkt. 2.1 ovenfor.

Høyesterett tilkjennegir indirekte det samme i Rt. 1999 side 1517. Teorien aksepterer en rekke forvaltningsakter, som det språklig er naturlig å omtale som ”faktiske handlinger”, som enkeltvedtak. Dessuten gjelder ingen absolutte formkrav for enkeltvedtak (pkt. 3.2.3), så man kan ikke avfeie de faktiske handlingene med at slike ikke kommer språklig til uttrykk el.l. Samlet sett trekker rettskildematerialet i retning av å forlate ”faktiske handlinger” som avgrensningskriterium.

2.3 Hensyn for og i mot enkeltvedtaksstatus

Ovenfor har jeg kort pekt på noen av de problemstillinger som skal drøftes i denne avhandlingen. Disse har det til felles at de reelle hensyn som trekker for og i mot enkeltvedtaksstatus i stor grad er de samme. I det følgende vil jeg derfor gi en samlet fremstilling av de relevante hensyn. Denne vil tjene som en referanseramme der reelle hensyn er styrende for løsningen for tvilsspørsmål som skal behandles nedenfor.

At reelle hensyn er relevant ved tolkningen av forvaltningsloven § 2 er ikke tvilsomt. Se bl.a. Sivilombudsmannens årsmelding for 1999 som anvender borgerens ”behov” for at en forvaltningsakt skal falle inn under enkeltvedtaksdefinisjonen som argument for at den gjør det, i tillegg til en rekke uttalelser fra justisdepartementets lovavdeling.³⁷ Også i Rt. 2002 side 19 (Legerefusjon) viser Høyesterett til at ordningen ”*med direkte oppgjør er etablert i offentlig regi og må i det alt vesentlige anses begrunnet i trygdemyndighetenes og pasientenes interesser*”, og konkluderer deretter med at utbetalingene representerte enkeltvedtak.³⁸

2.3.1 Betydningen for borgeren og rettssikkerhet

Et sentralt hensyn som trekker i retning av at forvaltningsaktene i mine eksempler ovenfor er enkeltvedtak, er den store betydningen det har for borgeren om slik status gis eller ikke. Forhåndsvarsling (§ 16), utrednings- og informasjonsplikt for forvaltningen (§ 17), adgang for partene til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter (§§ 18-21), skriftlig utforming av vedtaket (§ 23), grunngiving (§§ 24-25), underretning (§ 27) og klageadgang (§§ 28-36) er eksempler på rettigheter som borgeren i utgangspunktet kun

³⁷ Se årsmeldingen for 1999 side 14 og bl.a. Lovavdelingen sak nummer 2001/06706.

vil ha dersom forvaltningen har fattet et enkeltvedtak; forvaltningsloven § 3 motsetningsvis.

Dette er dessuten sentrale rettssikkerhetsgarantier. "Rettssikkerhet" forstås normalt som en betegnelse på borgernes beskyttelse mot bl.a. overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samt muligheten for å forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine rettslige interesser.³⁹ Forvaltningsloven kap. IV-VI inneholder en rekke bestemmelser som verner mot dette, men kapitlene får "*bare anvendelse i saker som gjelder enkeltvedtak*" jfr. forvaltningsloven § 3 første ledd. Hensynet til rettssikkerhet tilsier derfor at vi har å gjøre med enkeltvedtak i de ovenfor skisserte situasjoner.

På den annen side kan ikke rettssikkerhetshensynet vektlegges i for stor grad. For det første finnes saksbehandlingsregler, lovfestede og ulovfestede, som i noen grad sikrer borgeren også der en forvaltningsakt ikke faller inn under enkeltvedtaksdefinisjonen. Noen slike regler finnes i forvaltningsloven kap. II og III, som gjelder for all "*virksomhet som drives av forvaltningsorganer*" jfr. lovens § 1 og jfr. § 3 første ledd motsetningsvis. Ytterligere krav til forvaltningens saksbehandling, også for forvaltningsakter som ikke faller inn under enkeltvedtaksbegrepet, kan utledes av rettspraksis. Et eksempel har vi i Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) hvor Høyesterett uttaler: "*Helt uten hensyn til om utsetting av mysis var å regne som et enkeltvedtak, er jeg enig i at grunneierne måtte varsles. Noe annet ville stride mot de rettslige krav til god forvaltningsskikk.*"⁴⁰ Dette altså på tross av retten til forhåndsvarsling jfr. § 16 etter ordlyden i § 3 første ledd er forbeholdt enkeltvedtakene. Det er derfor ikke tvilsomt at borgeren er sikret en viss rettssikkerhet også for forvaltningsakter som ikke faller inn under enkeltvedtaksbegrepet.

2.3.2 Effektivitet og økonomi

I hvilken grad man skal vektlegge rettssikkerhetshensynet vil også bero på i hvor sterk grad hensynet til effektivitet i forvaltningen og forvaltningens begrensede ressurser gjør seg gjeldende.

³⁸ Dommens side 34.

³⁹ Rettssikkerhetsbegrepet behandles bl.a. i Eckhoff/Smith (2003) side 50 flg. og Bernt/Rasmussen (2003) side 42 flg.

At hensynet til en effektiv anvendelse av forvaltningens kompetanse er et relevant og viktig hensyn ser vi bl.a. av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1992 side 1235. Her avviste Høyesterett statens anførsler om at tilsagn fra Fiskeridepartementet om å la fire trålrederier få beholde de fiskekvoter de hadde på et gitt tidspunkt, ikke var bindende. I dommen heter det bl.a.:

”Dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning, å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder.”

I hvor stor grad rettssikkerhetshensynet skal vike for disse hensynene kan ikke besvares generelt, men må undergis en konkret vurdering bl.a. ut i fra hva slags sak der er tale om, og hvilken rettssikkerhetsgaranti som må vike. Klageretten er for eksempel en særlig sentral rettssikkerhetsgaranti, bl.a. fordi en alminnelig klagerett er en sentral regel for å oppnå målet om flest mulig riktige avgjørelser.⁴¹

Hensynet til forvaltningens arbeidsbyrde er et sentralt hensyn mot å gi enkeltvedtaksstatus i de ovenfor skisserte tilfeller.⁴² Å la stadig flere offentlige myndighetshandlinger falle inn under definisjonen av enkeltvedtak, innebærer at flere saksbehandlingsregler må overholdes. Dette er både tid- og kostnadskrevende for forvaltningen. Et eksempel fra praksis som belyser dette har vi der Barne- og familiedepartementet bestemte at tildelingen av kommunale barnehageplasser måtte skje i form av enkeltvedtak.⁴³ Konkret innebar de nye retningslinjene fra departementet at kommunene måtte legge om praksisen med ventelister og løpende tildelinger som strider med flere av saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak. Klager vedrørende avslag på opptak i offentlige barnehager er nå den største enkeltkategori av klager i kommunene, og som påvist bl.a. av Frydenberg, medførte de nye retningslinjene økt arbeidsbelastning og store utgifter for kommunene.⁴⁴

⁴⁰ Dommens side 1527.

⁴¹ Se f.eks. Innstillingen side 243 og Graver (2003) side 424.

⁴² Se bl.a. årsmeldingen for 1999 side 14 og årsmeldingen for 1997 side 72.

⁴³ Se Frydenberg (2003) på side 604 og retningslinjer gitt for tildeling av kommunale barnehageplasser i vedlegg til rundskriv Q-0902 B. Sivilombudsmannen la for øvrig det samme til grunn allerede i 1988 jfr. årsmeldingen av samme år side 57. Lovavdelingen kom til samme resultatet året etter, se sak 1742/198E.

2.3.3 Hensynet til fleksibilitet på forvaltningens hånd

Rt. 1929 side 771, Rt. 1971 side 228 og Rt. 1973 side 107 synliggjør behovet for fleksibilitet på forvaltningens hånd der uforutsette situasjoner oppstår etter at de tilsynelatende har bundet seg - i disse tilfellene ved avtale - til ikke å anvende en inngrepshjemmel. Dommene knytter seg til henholdsvis prisregulering, arealregulering og vassdragsutbygging der forvaltningen etter den private parts syn hadde forpliktet seg ved avtale til å *ikke* fatte enkeltvedtak av en viss type. Men etter hvert som tiden gikk, oppstod et samfunnsmessig behov for å fatte nettopp slike vedtak. Høyesterett løste imidlertid spørsmålet ved å konkludere med at ingen avtalerettslig binding hadde funnet sted.

Fleksibiliteten på forvaltningens hånd vil bl.a. avhenge av om en slik forhåndsbinding betraktes som en avtale, et enkeltvedtak eller begge deler. Dersom man legger til grunn at forhåndsbindingen representerer et enkeltvedtak, kan forvaltningen ensidig omgjøre avtalen jfr. forvaltningsloven § 35. Betraktes mellomværendet utelukkende som en privatrettslig avtale, må forvaltningen gå veien om en tolkning av avtalen, avtaleloven § 36 og/eller den ulovfestede lære om bristende forutsetninger. Disse virkemidlene vil normal være mindre tilgjengelige.⁴⁵

All den tid omgjøring forutsetter at det er fattet vedtak, vil hensynet til behovet for fleksibilitet på forvaltningens hånd tilsi at en slik forvaltningsakt betraktes som et enkeltvedtak, og ikke som et rent kontraktsrettslig mellomværende.

På den annen side vil forvaltningen være bundet av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kap. IV-VI forutsatt at forhåndsbindingen faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Arbeidssituasjonen kan dermed bli mindre fleksibel. Hensynet til fleksibilitet for forvaltningen vil derfor kunne være et nøytralt hensyn for spørsmålet om forhåndsbinding skal betraktes som et enkeltvedtak eller ikke.

⁴⁴ Se Frydenberg (2003) side 604.

⁴⁵ Se dog note 2 ovenfor.

2.3.4 Hensynet til borgerens innrettelse, den alminnelig rettsfølelse, rettsteknikk og sammenhengen i rettssystemet

Hensynet til sammenhengen i rettssystemet kan trekke i retning av at de ovenfor beskrevne forvaltingsakter ikke gis status som enkeltvedtak. På forvaltningens hånd vil det være behov for en arbeidssituasjon der de trygt kan besvare henvendelser fra borgeren om hvordan de normalt forholder seg til ulike spørsmål. Forvaltningen har endog en lovbestemt plikt til å veilede borgeren i henhold til forvaltningsloven § 11. Hensynet til sammenhengen i rettssystemet tilsier derfor at det utvises forsiktighet med å gi en slik uttalelse status som enkeltvedtak, selv om forvaltningen i en veiledningssituasjon i stor grad skulle antyde hvordan de vil forholde seg til et spørsmål i fremtiden.

Som påpekt av Kragset er det en risiko for at kvaliteten på veiledningen vil forringes dersom man tøyer grensene for når kontakt mellom borger og forvaltning medfører at man lar en forvaltningsakt falle innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen.⁴⁶ En forvaltningstjenestemann som har grunn til å frykte at hans veiledning siden kan få som konsekvens at organet har bundet seg i form av at det er fattet enkeltvedtak, vil kanskje kvie seg for å yte slik bistand.

Hensynet til borgerens innrettelse kan derimot trekke i retning av at forhåndsbinding bare betraktes som alminnelige avtaler og ikke som enkeltvedtak. En privat part som inngår en avtale med det offentlige vil normalt anta at deres mellomværende reguleres av avtalerettens regelverk, og vil innrette seg deretter. Hensynet til borgerens berettigede forventninger vil jeg omtale nærmere under pkt. 3.3 nedenfor.

2.3.5 Tilliten til forvaltningen

Borgeren må imidlertid kunne stole på det forvaltningen forteller ham. Dersom en saksbehandler i kommunen pr. telefon f.eks. forteller et serveringssted at de ikke betrakter en overdragelse av 25 % av aksjene i selskapet som en "*dominerende andel av selskapet*", tilsier hensynet både til borgerens innrettelse og til tilliten til forvaltningen, at forvaltningen ikke går tilbake på dette når overdragelsen har funnet sted, og betrakter

⁴⁶ Kragset (1998) på side 23.

bevillingen som bortfalt jfr. alkoholloven § 1-10 første ledd. Selv om salg av alkoholholdige drikkevarer av mange oppfattes som en mindre nødvendig og beskyttelsesverdig form for næringsdrift, så er det en stor og synlig bransje. Nettopp størrelsen og synligheten gjør at en svekket tillit til forvaltningen blant dens aktører kan bidra til å påvirke også den alminnelige borger, slik at samfunnets tillit til forvaltningen generelt sett svekkes.

Bevisreglene gjør det vanskelig for borgeren å nå frem ovenfor domstolene med påstand om at det er fattet et slikt muntlig enkeltvedtak. Borgeren vil normalt ha bevisbyrden for at en slik samtale fant sted,⁴⁷ og han vil også måtte bære risikoen for at han ikke tok initiativ til å sikre bevis.⁴⁸ Gjennom disse reglene ser vi derfor at retts tekniske hensyn har fått gjennomslag på bekostning av hensynet til borgerens tillit til forvaltningen.

3 Avgjørelsesvilkåret

3.1 Innledning

Problemstillingen i det følgende er hvilken kontakt mellom borger og forvaltning som innebærer at det er fattet en ”avgjørelse” jfr. forvaltningsloven § 2. Jeg vil knytte drøftelsen av spørsmålet om det gjelder krav til form for enkeltvedtak opp mot dette vilkåret i loven, jfr. nærmere om fremstillingstekniske spørsmål i pkt. 2.1 ovenfor.

I dagligtalen benyttes begrepet ”avgjørelse” om svært ulikeartede typer av beslutninger. Nær sagt hver gang man velger ett alternativ fremfor et annet, om man siden ombestemmer seg, eller der man velger å gjøre noe fremfor å ikke gjøre det, har man fattet en ”avgjørelse” slik ordet benyttes i dagligtalen. Vilkåret ”avgjørelse” inngår som en del av enkeltvedtaksdefinisjonen, men begrepet i seg selv defineres ikke i loven, og må derfor i motsetning til begrepet ”enkeltvedtak” være gjenstand for tolkning.

⁴⁷ Se f.eks. Rt. 1937 side 615 og Skoghøy (2001) side 677.

⁴⁸ Se f.eks. Rt. 1976 side 239, Rt. 1980 side 1299 og Rt. 1990 side 688 og Skoghøy (2001) side 688.

”Vedtak” benyttes på forskjellige måter ulike steder i lovverket, bl.a. i kommuneloven og smittevernloven. I utgangspunktet kunne derfor tolkingen av disse vedtaksbegrepene gitt holdepunkter for hvordan ”avgjørelse” i forvaltningsloven § 2 skal forstås. Men kommuneloven benytter begrepet ”vedtak” som en fellesbetegnelse på alle typer realitetsavgjørelser, ikke bare slike avgjørelser som forvaltningsloven § 2 definerer som ”vedtak”; se f.eks. kommuneloven § 30 nr. 1.⁴⁹ Videre tyder sammenhengen mellom smittevernloven §§ 5-2 og 5-3 på at vedtaksbegrepet der er ment å også omfatte såkalte ”faktiske handlinger”, mens utgangspunktet etter forvaltningsloven § 2 er mer tvilsomt de lege lata (pkt. 2.2 ovenfor).⁵⁰ Derfor er det heller ikke mulig å utlede sikre argumenter for tolkingen av avgjørelsesvilkåret fra lovverket ellers.

3.2 Kan det utledes formkrav fra avgjørelsesvilkåret?

Språklig sett er ”avgjørelse” et vanskelig vilkår. Det finnes få autoritative rettskildet for tolkingen, og det juridiske teorien på området er begrenset.⁵¹

I den videre drøftelse vil jeg først undersøke om det kan utledes et krav til skriftlig form fra avgjørelsesvilkåret (pkt. 3.2.1), forholdet til forvaltningsloven § 23 (3.2.2), og dernest om det i det hele tatt gjelder noe krav til en språklig tilkjenneivelse av forvaltningsakten for at den skal kunne representere et enkeltvedtak (pkt. 3.2.3). Endelig vil jeg drøfte om form kan være et moment i vurderingen (pkt. 3.3).

3.2.1 Gjelder et skriftlighetskrav?

Spørsmålet i dette avsnittet er om det gjelder et absolutt krav til skriftlig form for enkeltvedtak.

Både forvaltningsloven § 23 og det ulovfestede prinsipp om god forvaltningsskikk vil i de fleste tilfeller tilsi en skriftlig avgjørelsesform.⁵² Skriftlig form har både fordeler og

⁴⁹ Bernt/Rasmussen (2003) side 134.

⁵⁰ Boe (1999) side 22 (petitavsnitt).

⁵¹ Backer (1986) side 586 flg., Boe (1993) side 582, 616-618 og 737, Smith (1984) side 21, Eckhoff/Smith (2003) side 181 (riktignok i tilknytning til forvaltningsloven § 6) samt Kragset (1998) side 10 flg. som alle knytter kommentarer til avgjørelsesbegrepet.

⁵² Se f.eks. Bernt/Rasmussen (2003) side 155.

ulempen for så vel forvaltning som borger. Skriftlighet skaper notoritet over forholdet,⁵³ hvilket minimerer mulighetene for uenighet om rettsvirkningene av forvaltningsakten.⁵⁴ På den annen side kan et absolutt krav til skriftlig avgjørelsesform være uhensiktsmessig bl.a. der det er behov for en hurtig avklaring.

Noe formkrav lar seg imidlertid ikke utlede fra lovens ordlyd. En normal språklig forståelse av *"avgjørelse"* omfatter også situasjonen der man bestemmer seg for noe uten å tilkjenne det språklig. Det samme følger forutsetningsvis av forvaltningsloven § 23, hvoretter enkeltvedtak kan fattes uten at det skjer i skriftlig form, dersom skriftlighet *"av praktiske grunner vil være særlig byrdefullt for forvaltningsorganet"*.

Heller ikke fra forarbeidene kan det utledes noe skriftlighetskrav. Det uttales derimot generelt at (det som siden fikk betegnelsen) vedtak, innbefatter *"alle individuelle realitetsavgjørelser"*,⁵⁵ og at i *"alminnelighet kan det sies om vår forvaltning at den er nokså formfri"*, og at dette *"gjelder også for vedtaket"*.⁵⁶ Videre påpekes at et av formålene med forvaltningsloven av 1967 var å ikke låse forvaltningsprosessen i en *"stiv prosessordning"*.⁵⁷ Et absolutt krav til skriftlig form har derfor heller ikke støtte i det øvrige rettskildematerialet.

3.2.2 Nærmere om forvaltningsloven § 23

Forvaltningsloven § 23 må, jfr. ovenfor, forstås slik at det ikke gjelder noe absolutt krav til skriftlighet for enkeltvedtak. En problemstilling i tilknytning til § 23 er om det er utelukket at en forvaltningsakt representerer enkeltvedtak dersom det ikke var *"særlig byrdefullt"* å fatte vedtaket skriftlig, uten at skriftlig form ble benyttet. Spørsmålet er ikke omtalt i forarbeidene og er heller ikke berørt direkte i rettspraksis. Problemstillingen må derfor først og fremst bero på de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

⁵³ At forvaltningsloven § 23 er begrunnet i notoritetshensyn fremgår bl.a. av Agder Lagmannsretts dom inntatt i RG 2004 side 1176.

⁵⁴ I Innstillingen side 215 heter det dessuten at det *"hører til god administrativ orden at myndighetene sørger å ha oversikt over de vedtak som er truffet og det nøyaktige innhold av disse..."*. En slik *"oversikt"* krever et minimum av notoritet.

⁵⁵ Se Innstillingen side 208.

⁵⁶ Innstillingen side 215.

⁵⁷ Innstillingen side 442.

Om forvaltningen fatter et muntlig enkeltvedtak, på tross av at det ikke var *”særlig byrdefullt”* å gjøre det skriftlig, vil dette isolert sett være en saksbehandlingsfeil etter § 23. Men § 23 får bare anvendelse, og kan bare påklages, under forutsetning av at forvaltningsakten representerer et enkeltvedtak jfr. § 3 motsetningsvis og § 28. Fra dette kan man tenke seg en tilsynelatende holdbar, men farlig slutning: Fordi forvaltningsakten var muntlig (på tross av at skriftlighet ikke var *”særlig byrdefullt”*), er dette ikke et enkeltvedtak. Derfor får ikke § 23 anvendelse, og derfor representerer ikke den muntlige formen noen saksbehandlingsfeil

Løsningen er etter mitt syn lite rimelig, og det er rettssikkerhetsmessig betenkelig om forvaltningen skulle kunne unngå å bli rammet av saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel IV-VI på grunn av sin egen forsømmelse. Rettsikkerhetshensynet stod som nevnt (pkt. 2.3.1) særlig sentralt ved utferdigelsen av forvaltningsloven av 1967, og må ha betydelig vekt i enkeltvedtakets grenseland.

Fra praksis finnes heller ingen eksempler på at staten har prosedert på en slik antitetisk slutning fra § 23. I Hålogaland Lagmannsretts dom av 19. mai 2003 var det for eksempel spørsmål om en inspektør hadde fattet enkeltvedtak når han unnlot å godkjenne et fiskefartøy for sildefiske.⁵⁸ Eieren av fiskefartøyet prosederte på at *”vedtaket ikke var skriftlig, og dermed i strid med forvaltningsloven § 23”*. Staten prosederte ikke på at man kunne slutte antitetisk fra § 23, og si at man på grunn av manglende skriftlig form heller ikke hadde å gjøre med et enkeltvedtak som kunne kjennes ugyldig. Det ble i stedet prosedert på at inspeksjonen *”ble avbrutt uten at vedtak ble truffet”*, og at situasjonen derfor ikke foranlediget noe skriftlig vedtak. For lagmannsretten var det ikke nødvendig å ta stilling til om dette var et enkeltvedtak eller ikke.⁵⁹

Etter mitt syn trekker viktige reelle hensyn og i noen grad også underrettspraksis i retning av at man ikke kan slutte antitetisk fra § 23. Konklusjonen må være at selv om

⁵⁸ LH-2002-0899.

⁵⁹ Saksøkers påstand var erstatning, men ansvarsgrunnlag forelå etter rettens syn ikke. (Det er ikke et vilkår for et offentlig erstatningsansvar at det er fattet et ugyldig enkeltvedtak; pkt. 2.2 ovenfor). Retten kom imidlertid med klare antydninger om at man ikke stod ovenfor et enkeltvedtak jfr. særlig *”forholdet fikk sterkere preg av avbrutt inspeksjon enn av fullført saksbehandling”*.

det ikke er ”*særlig byrdefullt*” for forvaltningen å fatte skriftlig vedtak, kan en muntlig forvaltningsakt likevel representere et enkeltvedtak.

3.2.3 Krav til språklig uttrykk?

Etter å ha avklart forholdet til forvaltningsloven § 23 blir neste problemstilling om det kreves noen språklig tilkjennegivelse av enkeltvedtak i det hele tatt, altså om forvaltningsakten må gis et språklig uttrykk for at den skal representere et enkeltvedtak.

På den ene siden kan det argumenteres med at all den tid ordet ”*avgjørelse*” fremgår i en saksbehandlingslov, kan det være naturlig å forstå begrepet dit hen at det stiller krav til en viss grad av formell fremgangsmåte fra forvaltningens side, slik som for eksempel en språklig tilkjennegivelse.⁶⁰ Forarbeidene peker også på at forvaltningen må være ”*særlig påpasselig med at deres vedtak blir så klare og fullstendige som mulig*”, og at der borgeren misforstår vedtaket, og misforståelsen er unnskyldelig, ”*bør den ikke komme den enkelte til skade*”.⁶¹ En språklig tilkjennegivelse vil normalt gjøre det klarere for borgeren både om det er fattet enkeltvedtak, og hva vedtaket innebærer.

Rettspraksis viser imidlertid at listen ligger forholdsvis høyt for hva som er unnskyldelig. I Rt. 1935 side 424 hadde at et jaktlag avsluttet en jaktekspedisjon på Jan Mayen fordi de feilaktig hadde oppfattet et skilt som et forbud mot fangst. Forbudsskiltet var satt opp av en person (Øien) uten kompetanse til å normere på en slik måte. Spørsmålet var derfor om jaktlagets uvitenhet om dette var unnskyldelig, og om staten derfor var erstatningsansvarlig.

Høyesterett besvarer spørsmålene benektende:

”Plakaten frembød uklarhet og intet hadde derfor vært mere naturlig enn at ekspedisjonens leder Isaksen hadde henvendt seg til Øien for at faa ordentlig beskjed...”.⁶²

⁶⁰ Kragset (1998) side 12 og 13.

⁶¹ Innstillingen side 215.

⁶² Dommens side 426-427. Avgjørelsen er avsagt forut for vedtakelsen av forvaltningsloven, men forarbeidene til forvaltningsloven tar ikke avstand fra avgjørelsen, om den må derfor fremdeles være relevant.

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at også borgeren er tjent med at det stilles krav til en mer formell fremgangsmåte fra forvaltningens side, slik at han i mindre grad risikerer å misforstå situasjonen og lide tap som en følge av dette.

Teorien peker også på at dersom man gir avkall på ethvert krav til form, blir det vanskelig både å trekke grensen mellom tjenestemannens personlige og organets midlertidige standpunkt på den ene siden, og organets offisielle standpunkt på den andre.⁶³ Dette medfører uvisshet både på offentlig og privat hånd, og kan igjen få rettslige prosesser som konsekvens. Både retts tekniske og rettsøkonomiske hensyn (pkt. 2.3.4 og 2.3.2 ovenfor) trekker derfor i retning av en formell fremgangsmåte.

Boe uttaler generelt om den juridiske teori at:

”ingen forfattere har tatt til ordet for et ufravikelig krav til skriftlig tilkjenneivelse overfor omverdenen. Uttalelsene om formen er i høyden sett som et moment for å se om vi står overfor en avgjørelse i forhold til forvaltningsloven eller bare overfor et skritt på veien mot en slik avgjørelse.” (min understrekning)⁶⁴

En gjennomgang av den juridiske teori på området tyder på at man kan trekke dette enda lenger. Det synes nemlig som om ingen teoretikere stiller krav til noen form for språklig tilkjenneivelse i det hele tatt, verken skriftlig eller muntlig.⁶⁵ Backer synes å være den norske teoretikeren som har gått dypest inn i avgjørelsesvilkåret, og han konkluderer med at det etter gjeldene rett neppe er grunn ”til å tolke begrepet ”avgjørelse” så strengt at det avskjærer ethvert tilfelle hvor avgjørelsen ikke får noe selvstendig språklig uttrykk”.⁶⁶

Høyesterett har så langt heller ikke oppstilt noe krav til en språklig tilkjenneivelse. Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) er presentert under pkt. 1.1 ovenfor. Høyesteretts avgrensning, ”om direktoratet i vårt tilfelle burde tatt i betraktning mulighetene for at eiernes fiskerett ville kunne skades” knytter seg til hvilken innvirkning

⁶³ Boe (1999) side 26.

⁶⁴ Boe (1999) side 26.

⁶⁵ Dog uttaler Frihagen i forhold til ”uttalelser” at det avgjørende i forhold til slike ”først og fremst må være beslutningens reelle og formelle status...” (min understrekning). Av sammenhengen og særlig ordet ”status” fremgår imidlertid at Frihagens poeng er at det er den faktiske innvirkningen forvaltningsakten får på borgeren, ikke i hvilken grad den kommer til uttrykk på en formell måte, som er avgjørende for om den er et enkeltvedtak eller ikke, Frihagen (1986) side 51-52.

⁶⁶ Backer (1986) side 596-597.

forvaltningsakten har på borgeren. Denne problemstillingen vil behandles nærmere nedenfor under pkt. 4. Her er poenget å peke på at Høyesterett ikke knytter noen kommentarer til det faktum at krepsdyret ble satt ut uten noen (kjent) forutgående språklig tilkjenneivelse fra forvaltningen. Dette på tross av at staten prosederte på at utsetting av *"Mysis relicta var en faktisk handling og ingen offentligrettslig myndighetsakt. Lagmannsretten har dermed tatt feil når den har funnet at beslutningen om utsetting var et enkeltvedtak som på grunn av saksbehandlingsfeil var ugyldig."*

Samlet gir rettskildematerialet etter mitt syn støtte for den konklusjon at det kan være tilstrekkelig kontakt for enkeltvedtaksstatus selv uten noen språklig tilkjenneivelse fra forvaltningens side.

3.3 Er form likevel et moment i vurderingen?

Ovenfor har jeg konkludert med at det ikke kan utledes noen absolutte formkrav eller noe krav til en språklig tilkjenneivelse fra avgjørelsesvilkåret. Problemstillingen videre er om form er et moment i vurderingen av om man har å gjøre med en *"avgjørelse"* eller ikke. At det ikke gjelder noen absolutte formkrav, er ikke i veien for at graden av formell fremgangsmåte likevel kan være et relevant moment for spørsmålet om det er fattet en *"avgjørelse"* eller ikke.

Et poeng er at en formell fremgangsmåte kan gi borgeren berettigede forventninger om at det er fattet et enkeltvedtak. Et brev fra en avdelingsleder gir normalt borgeren større grunn til å tro at det er fattet et enkeltvedtak enn det en e-post fra en av organets saksbehandlere gjør, selv om ordlyden i de to henvendelsene skulle være identisk. Argumentet kan også overføres på muntlige enkeltvedtak. Et utvetydig muntlig utsagn fra avdelingslederen gir borgeren større grunn til å tro at det er fattet et bindende vedtak enn en mer diffus bekreftelse fra en saksbehandler. Men dette reiser indirekte en annen problemstilling, nemlig om det er relevant å vektlegge en borgers berettigede forventninger for spørsmålet om det er fattet enkeltvedtak.

I avtaleretten er det å vektlegge hvordan partene hadde grunn til å forstå hverandres handlemåte et velkjent argument, se eksempelvis. Rt. 1991 side 1171 (Scania). Her var problemstillingen om det var inngått avtale om et tomtsalg. Høyesterett peker på at

saksøker (kjøper) ”*hadde rimelig grunn til å forstå*” saksøkte (selger) dit hen at endelig avtale var kommet i stand, bl.a. etter at selgeren ble bedt om ”*å bekrefte denne overenskommelsen*”, noe selger siden gjorde. Men er dette en relevant å trekke en slik parallell til enkeltvedtakene? På den ene siden er det klart at bindingsspørsmålet for enkeltvedtak styres av andre hensyn enn det avtalerettslige bindingsspørsmålet, bl.a. fordi forvaltningen normalt handler ut i fra samfunnsnytte, men en medkontrahent ut i fra egennytte. Dessuten disponerer forvaltningen som oftest over rettsgoder private ikke råder over. Dette begrenser relevansen av en avtalerettslig parallell.

På den annen side kan hensynet til innrettelse gjøre seg like sterkt gjeldende ved enkeltvedtak som i en alminnelig avtalesituasjon. En rekke avtaler mellom forvaltning og borger vil samtidig kunne være forvaltningsvedtak (pkt. 1.1 og 4.8). Andre ganger betraktes mellomværendet som et enkeltvedtak på tross av åpenbare privatrettslige elementer. Dette var f.eks. situasjonen i Rt. 2002 side 19 (Legerefusjon). Her var situasjonen at folketrygdloven (1966) § 2-5 nr. 1 fastslo at pasienter skulle få refundert ”*utgifter til legehjelp, herunder undersøkelse og behandling ved medisinsk laboratorium*” etter nærmere regler fastsatt i forskrift. Denne forskriften fastslo at legen kunne få direkte oppgjør fra folketrygden for slike undersøkelser slik at det er legen som fremsetter pasientens refusjonskrav som loven hjemler. Regelen er først og fremst begrunnet i oppgjørstekniske hensyn.

Forskriften fastslo imidlertid at direkte oppgjør bare kunne skje dersom det ble inngått avtale om slik direkte oppgjør mellom legeforeningen og folketrygden (”kollektivavtalen”), i tillegg til enkeltstående tilknytningsavtaler mellom den enkelte lege og legeforeningen. Derfor var det isolert sett disse avtalene som dannet grunnlag for at legene kunne få utbetalt refusjonen direkte fra folketrygden. På tross av det betydelige privatrettslige elementet i mellomværendet fant Høyesterett det ”*lite tvilsomt*” at refusjonsutbetalingene til legene representerte enkeltvedtak.⁶⁷

Høyesterett viser ikke en gang til ordlyden i forvaltningsloven, men begrunner sitt standpunkt med at forholdet var av en ”*offentligrettslig karakter*”. Selv finner jeg konklusjonen vanskelig forenlig med ordlyden i forvaltningsloven § 2 (”*utøving av*

⁶⁷ Sivilombudsmannen inntok det samme standpunktet i 1998. Se årsmeldingen for 1998 side 64 flg.

offentlig myndighet”), men denne materien faller utenfor rammene for denne avhandlingen.

Hensynet til sammenhengen i rettssystemet tilsier imidlertid at jo mer privatrettslig karakter et enkeltvedtak har, desto større vekt må man kunne legge på typiske privatrettslige argumenter, slik som en parts berettigede forventninger jfr. nevnte Rt. 1991 side 1171 (Scania). Der forvaltningsakten har et sterkt privatrettslig innslag bør man derfor ved spørsmålet om det er fattet enkeltvedtak eller ikke, kunne vektlegge i hvilken grad borgeren hadde grunn til å tro at det var fattet enkeltvedtak. Og har forvaltningsakten en formell form og dette gir borgeren grunn til å tro at han har å gjøre med et enkeltvedtak, er dette et argument i favør av at man står ovenfor et enkeltvedtak.

Formell form er et av flere argumenter som kan gi den private part grunn til å tro at det er fattet enkeltvedtak. Men all den tid formell form er et relevant argument som trekker i retning av at det er fattet enkeltvedtak, vil det være et argument i motsatt retning dersom det ikke er valgt en formell form på forvaltningsakten. Forvaltningen må derfor for eksempel kunne høres med at fordi forvaltningsakten ikke fikk noe språklig uttrykk, trekker det i retning av at den ikke konstituerer noe enkeltvedtak. For en borger som påstår at en forvaltningsakt konstituerer enkeltvedtak, vil det derfor ikke nødvendigvis være en fordel at formell form aksepteres som argument for at forvaltningsakten konstituerer enkeltvedtak.

4 Bestemmelsesvilkåret

4.1 Innledning

Problemstillingen i det følgende er hva som kan utledes av vilkåret ”*bestemmende for rettigheter eller plikter*” i forvaltningsloven § 2 første ledd litra a for spørsmålet om når kontakt mellom forvaltning og borger resulterer i at det er fattet enkeltvedtak.

I pkt. 2.1 ovenfor så vi at det er i forhold til dette vilkåret i loven enkeltvedtaksdefinisjonens annet hovedparameter bør drøftes, altså kravet til

innvirkning på borgeren. Problemstillingen vil i stor grad belyses gjennom konkrete eksempler fra praksis.

4.1.1 Noen problemstillinger i tilknytning til innvirkningsspørsmålet

Det kan være en rekke årsaker til at f.eks. en drosjeeier lider store tap, og derigjennom ikke lenger har *"tilfredsstillende økonomisk evne"* jfr. yrkestransportlova § 4 (2) litra b. I tilfelle kan drosjeløyvet tilbakekalles etter lovens § 29 (1). En av flere årsaker er at bl.a. Oslo fylkeskommune har gitt så mange nye drosjeløyver at det store antallet biler gjør det vanskelig å drive drosjevirksomhet regningsbærende. Mens de enkelte løyvetildelinger åpenbart er enkeltvedtak, er det mer tvilsomt om fylkeskommunens forutgående beslutning over det totale antallet løyver er et enkeltvedtak som kan påklages. Samferdselsdepartementet var i sin tid selv i tvil, og ba Justisdepartementet om å utrede spørsmålet. I rundskriv fra Samferdselsdepartementet til fylkeskommunene av 1981 fremgår at Justisdepartementet fant at denne beslutningen ikke var enkeltvedtak, fordi det var snakk om *"organisatoriske og administrative avgjørelser, og ikke avgjørelser som griper direkte inn i privatpersoners rettsfære"*.⁶⁸ Samferdselsdepartementet opplyser at denne forståelsen har blitt lagt til grunn i deres praksis siden.⁶⁹

Det ikke tvilsomt at rent organisatoriske avgjørelser faller utenfor enkeltvedtakdefinisjonen. Men historien har vist at det økte antallet løyver er en av flere årsaker til stadig dårligere økonomi blant drosjeeierne, noe som kan få både tap av drosjeløyve og sterkt redusert inntektsevne som konsekvens. Er det da korrekt når Justisdepartementet avviser at en slik forvaltningsakt griper inn i sjåførenes *"rettsfære"*?

Kan f.eks. forvaltningen i vårt eksempel ovenfor høres med at dette totale antallet drosjeløyver de fastsetter ikke er *"bestemmende"* for drosjesjåførenes *"rettigheter"* fordi det bare er en av flere årsaker til inntektstapet? Må kontakten utgjøre hovedårsaken til endringen i borgerens rettsstilling (pkt. 4.5)? Hva om denne forvaltningsakten som utgangspunkt skal betraktes som et enkeltvedtak, men

⁶⁸ Rundskriv N-12/81.

departementet bevisst unnlater å ta stilling til en klage? Bevisste unnlatelers forhold til enkeltvedtaksdefinisjonen er tema i pkt. 4.4.

Forholdet til nemnduttalelser vil behandles i pkt. 4.3. Om uttalelser må lede til en innvirkning på borgeren som "ikke følger direkte av loven" slik Næringsetaten hevder, eller om de må skape et "nytt rettsgrunnlag for eventuelle sanksjoner" jfr. Rt. 1998 side 300 (Draktreklame), er skilt ut til egen behandling i pkt. 4.6. Hvilket innvirkningskrav som kan utledes av tidligere nevnte Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) behandles under pkt. 4.7, mens spørsmålet om det kan tenkes avtaler om utøvelse av offentlig myndighet som ikke samtidig er enkeltvedtak er tema under pkt. 4.8.

4.1.2 Generelt om innvirkningsspørsmålet

Bestemmelsesvilkåret gir – i motsetning til hva avgjørelsesvilkåret gjør for spørsmålet om krav til form - en viss veiledning for spørsmålet om hvilket krav til innvirkning på borgeren enkeltvedtaksdefinisjonen oppstiller krav om. Av ordlyden kan vi slutte at avgjørelsen ikke bare må virke inn på borgerens rettigheter eller plikter, den må de facto bestemme over en av disse størrelsene.

Videre gir både begrepene "*bestemmende*" og "*rettigheter eller plikter*" språklige assosiasjoner til lover og regler. Ordlyden kan derfor tas til inntekt for at virkningen av forvaltningsakten må være av rettslig art, ikke bare av rent faktisk art.

I innstillingen uttaler som nevnt komitéen om inspeksjoner og befaringer at dette "*nok*" er "*forvaltningsakter i videre mening, men de tar ikke sikte på å stifte noen rett eller plikt for den enkelte. De kan ha faktiske virkninger, men vedtak er de ikke.*"⁷⁰ Også forarbeidene kan derfor tas til inntekt for at det er krav til en rettslig innvirkning på borgerens hånd for at forvaltningsakter skal være enkeltvedtak. Men hva er en rettslig virkning? Forvaltningsloven § 2 gir en viss veiledning gjennom ordene "*rettigheter eller plikter*". Ordet "*plikter*" er lite problematisk. Der forvaltningen med den nødvendig hjemmel pålegger deg noe, er du også pliktig til å etterleve dette. Likeledes må det være klart at dette er en rettslig virkning. Ordet "*rettigheter*" reiser imidlertid

⁶⁹ Muntlig på telefon 24. februar 2005.

særlig ett tvilsomt avgrensningsspørsmål som nedenfor vil behandles særskilt (pkt. 4.2). På den annen side er den vanskelig å utlede noe fra ordlyden for de (jfr. Frihagen) ”nærmest utallige konkrete tvilsspørsmål” bestemmelsen reiser.⁷¹

Forarbeidene knytter få kommentarer til innvirkningsspørsmålet ut over dette, men i innstillingen heter det også at:

”Realitetsvedtakene må også atskilles fra det som bare er å anse som en meningsytring fra vedkommende forvaltningsmyndighets side. I alminnelighet volder dette ingen vanskelighet, men tvilsomme grensetilfelle kan oppstå. Jfr. Castberg s. 139-140 og Rt. 1893 s. 545, 1931 s. 380 og 1935 s. 424.”⁷²

Men at meningsytringer vanskelig kan være enkeltvedtak lar seg også lese ut av ordlyden (*”bestemmende”*). Juridisk teori savner en inngående drøftelse av hvordan forvaltningsloven § 2 skal forstås på dette punktet, selv om det er enighet om utgangspunktene, som at det må avgrenses mot *”meningsutsagn som ikke innebærer noen avgjørelse, men som innebærer råd, veiledning, uttalelser, innstillinger og forslag”*.⁷³

4.2 ”Rettigheter”

Den mest sentrale problemstillingen knyttet til vilkåret *”rettigheter”* er om det må være snakk om rettskravsbaserte ytelser, eller om også ytelser hvis tildeling beror på forvaltningens frie skjønn utgjør *”rettigheter”*. Et eksempel fra praksis som tidligere bød på tvil var tildeling av kommunale barnehageplasser. Spørsmålet synes i dag å ha fått sin avklaring, og praksis i dag er at slik tildeling skjer i enkeltvedtaks form.⁷⁴

Men den overordnede problemstilling er fremdeles noe omstridt i teorien. Frydenberg hevder at ordlyden gir støtte for det tolkningsresultat at kun rettskravsbaserte ytelser faller inn under vedtaksdefinisjonen, mens skjønnsbestemte ytelser ikke gjør det.⁷⁵ De samme synspunktene er også blitt forfektet av Arbeids- og

⁷⁰ Innstillingen side 208.

⁷¹ Frihagen (1986) side 43.

⁷² Se Innstillingen side 208.

⁷³ Graver (2003) side 350-351.

⁷⁴ Se pkt. 2.3.2 ovenfor.

⁷⁵ Frydenberg (2003) side 599-608.

administrasjonsdepartementet.⁷⁶ Boe gjør på den andre siden gjeldende at også ytelser fra det offentlige som tildeles på bakgrunn av skjønnsutøvelse må falle inn under begrepet.⁷⁷ Boe erkjenner imidlertid at en rent språklig forståelse av begrepet ”rettighet” kan gi støtte for Frydenbergs tolkning. En ”rettighet” vil jo i dagligtalen forstås som noe man har rett på, altså noe man kan kreve.

Frem til 1977 benyttet imidlertid loven også vilkåret ”rettsstillingen”. Hadde denne uttrykksmåten blitt opprettholdt ville det vært mindre tvilsomt at også skjønnsbestemte ytelser skulle omfattes. Også ytelser hvis tildeling beror på forvaltningens skjønn vil jo være av betydning for borgerens rettsstilling.

I forarbeidene fremheves imidlertid at lovendringen ikke representerte ”*noen realitetsendring*”,⁷⁸ slik at tidligere forarbeiders uttalelser om hva som var ment å omfattes av begrepet også med dagens ordlyd er relevante. Og som Boe påpeker: ”*Det står ingen steder [i forarbeidene] at parter må ha rettskrav på godet for at avgjørelsen skal bli et enkeltvedtak*”.⁷⁹ Man må kunne anta at en så vidt inngripende avgrensning ville blitt uttrykkelig kommentert. I stedet finnes en rekke eksempler på skjønnsbestemte avgjørelser som lovgiver mente skulle ha enkeltvedtaksstatus, slik som avgjørelser som gjelder karakterfastsettelse ved eksamener.⁸⁰ Det kan derfor synes som om endringen som ble gjort i Innst. O. nr. 50 (1976-1977) ikke nådde det tilsiktede mål om å ”*gjøre tekstene mer lettforståelige*”.⁸¹

Også Sivilombudsmannen gjør gjeldende, med støtte fra bl.a. Eckhoff/Smith, at det vil være ”*urimelig og i strid med forvaltningslovens formål*” om begrepet ”rettigheter” i forvaltningsloven § 2 første ledd skulle forstås slik at kun avgjørelser om rettskravsbaserte ytelser må fattes i form av enkeltvedtak.⁸² Samlet trekker rettskildematerialet klart i retning av at også tildeling av ytelser der forvaltningen har fritt skjønn, kan utgjøre enkeltvedtakstiftende kontakt mellom forvaltning og borger.

⁷⁶ (Nå Moderniseringsdepartementet) Se årsmeldingen for 1997 side 74.

⁷⁷ Boe (2000) side 350-364.

⁷⁸ Innst. O. nr. 50 (1976-1977) side 2.

⁷⁹ Boe (2000) side 355.

⁸⁰ Innst. O. XXII (1968-1969) side 4 flg.

⁸¹ Likeledes Boe (2000) side 354.

4.3 Nemnduttalelser ol.

”Uttalelser” fra forvaltningen kan brukes som en fellesbetegnelse på opplysninger, meningsytringer, råd og veiledning fra forvaltningen.⁸³ ”Uttalelser” omfatter således et vidt spekter av forvaltningsakter, som behandles ulike steder i denne avhandlingen. Om uttalelser i form av meningsytringer må være ”nyskapende” er eksempelvis utskilt til egen behandling i pkt. 4.6, mens spørsmålet om de må utgjøre hovedårsaken til endringen i borgerens rettsstilling behandles i pkt. 4.5.

I dette avsnittet vil jeg behandle uttalelser som kommer fra forvaltningsorganer som er gitt særskilt kompetanse til å avgi uttalelser innenfor sitt fagfelt. Problemstillingen er om slike uttalelser kan falle innenfor definisjonen av enkeltvedtak.

I det videre er det bare uttalelser rettet mot borgere som vil behandles. Uttalelser til andre forvaltningsorganer m.v. faller dermed utenfor. Innledningsvis bør det nevnes at det naturligvis ikke er noe i veien for at lovgivningen selv kan bestemme rettsvirkningene av forvaltningens uttalelser. Dette gjelder f.eks. skattedirektoratets forhåndsuttalelser om skatt,⁸⁴ merverdiavgift og arbeidsgiveravgift som er regulert både i lov og forskrift.⁸⁵ Slike må prinsipielt sett betraktes som enkeltvedtak.⁸⁶ Likeledes tollvesenets forhåndsuttalelser, hvor forvaltningsloven får direkte anvendelse.⁸⁷ Problemstillingen i det videre knytter seg til uttalelser hvor rettsvirkningene ikke fremgår av kompetansegrunnlaget.

⁸² Se årsmeldingen for 1999 side 14 og Eckhoff/Smith (2003) side 225.

⁸³ Eckhoff (1976) side 95.

⁸⁴ Når endringslov til ligningsloven, lov nr. 77 av 10. desember 2004, trer i kraft vil dette også gjelde likningskontorene.

⁸⁵ Se ligningsloven § 3A-1, merverdiavgiftsloven § 58 a, folketrygdloven § 24-3 femte ledd og forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker.

⁸⁶ Etter ligningsloven § 1-2 får ikke forvaltningsloven anvendelse på de fleste ligningsvedtak. Men Forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker § 1 annet ledd gir forvaltningsloven anvendelse ”så langt den passer”, dog med unntak for klagekapittelet. Dessuten så har forskriften en rekke egne saksbehandlingsregler som i stor utstrekning gir et like godt vern som reglene i forvaltningsloven kap. IV-VI. At bindende forhåndsuttalelser prinsipielt sett må omfattes av enkeltvedtaksdefinisjonen er derfor av liten praktisk betydning.

⁸⁷ Se tollforskrift av 2004 § 8.

Eksempelvis avgir likestillingsnemnda og klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) slike uttalelser, og bl.a. Eckhoff/Smith synes å være noe i tvil om hvorvidt disse kan representere enkeltvedtak eller ikke.⁸⁸

Likestillingsnemnda kan fatte vedtak om å forby handlinger i strid med lovens §§ 3-8 når den finner at hensynet til likestilling mellom kjønnene tilsier dette, jfr. likestillingsloven § 13 første ledd. Kompetansen er imidlertid begrenset til å gjelde situasjoner der det ikke allerede er truffet forvaltningsvedtak av andre, jfr. § 13 annet ledd.⁸⁹ Etter likestillingsloven § 13 første ledd annet punktum *”skal” ”Nemnda” da i stedet ”gi uttalelse om hvor vidt det forhold som er bragt inn er i strid med denne lov.”* Et liknende tilfelle finner vi i forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 annet ledd hvor det heter at: *”Klagenemnda skal uttale om det er begått brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne.”* KOFA har imidlertid, i motsetning til likestillingsnemnda, aldri vedtakskompetanse. De avgir kun rådgivende uttalelser, se bl.a. forskriften § 1.

Etter ordlyden i forvaltningsloven § 2 er det som nevnt kun den kontakt som er *”bestemmende”* for borgerens *”rettigheter eller plikter”* som er enkeltvedtak. En uttalelse vil normalt ikke være en kontakt som har en slik innvirkning på borgeren at det er naturlig å omtale den som *”bestemmende”* for hans *”rettigheter”*. Unntaksvis kan imidlertid en uttalelse, som tilsynelatende ikke får rettsvirkninger for borgeren, likevel være *”bestemmende”*.⁹⁰ Et eksempel finnes i RG 1964 side 397 (Bergen byrett). Her ble en uttalelse fra Fiskeridepartementet der det ble gitt uttrykk for at to loser hadde opptrådt klanderverdig kjent ugyldig, til tross for at losene fikk beholde jobbene sine, og at uttalelsen ikke fikk noen umiddelbare rettsvirkninger.⁹¹ Retten fant at uttalelsene kunne få rettsvirkninger senere, f.eks. ved spørsmål om forfremmelse, og at dette var tilstrekkelig til at man stod ovenfor en forvaltningsakt som kunne kjennes ugyldig.

⁸⁸ Eckhoff/Smith (2003) side 226.

⁸⁹ Kompetansebegrensningen er begrunnet i at Likestillingsnemnda ikke skal bli overordnet andre forvaltningsorganer, se Ot. prp. nr. 33 (1974-1975) side 182 og (Holgerson 1984) side 174.

⁹⁰ Likeledes Frihagen (1986) side 51.

⁹¹ Dommen er avsagt før vedtakelsen av forvaltningsloven av 1967, og operer ikke med vedtaksbegrepet som er av nyere dato. På den annen side forutsetter tradisjonelt ugyldighetskarakteristikken at man har å gjøre med et vedtak. Dermed kan dommen tas til inntekt for at også uttalelser uten umiddelbare rettsvirkninger kan være enkeltvedtak. Se nærmere om ugyldighetsproblemstillingen i pkt. 2.2.

Men ved forvaltningsloven § 2 annet ledd, som er av nyere dato enn dommen fra Bergen byrett, har lovgiver nå trukket grensen ved "*ansettelse, oppsigelse, suspensjon, avskjed eller forflytting*". Hensynet til lovgiverviljen tilsier at man utviser varsomhet med å la generelle regler som den i forvaltningsloven § 2 første ledd litra b jfr. litra a få anvendelse der lovgiver bevisst har trukket opp en grense i en spesialbestemmelse slik som i forvaltningsloven § 2 i annet ledd. Retten måtte derfor falt ned på et annet resultat i dag. RG 1964 side 397 er imidlertid fremdeles relevant ved at retten fastslår at uttalelsen var ugyldig på tross av at losene fikk beholde sine jobber. Dermed kan dommen tas til inntekt for at rettsvirkningene av en uttalelse verken trenger å inntre umiddelbart, eller komme som en nødvendig følge av forvaltningsakten for at den skal representere et enkeltvedtak. Vekten av avgjørelsen er imidlertid svært begrenset all den tid det er snakk om en mer enn 40 år gammel byrettsdom. Teorien har imidlertid gitt sin tilslutning til dommen.⁹²

Hvis vi går tilbake til eksempelet ovenfor om KOFA, har altså ikke denne nemnda kompetanse til å fatte vedtak. Det fremgår klart av ordlyden i forskriften ("*skal uttale*"), at det er snakk om noe ganske annet enn å fatte en "*bestemmende*" "*avgjørelse*". Utgangspunktet må derfor også være at slike uttalelser ikke er enkeltvedtak.

Spørsmålet er om det kan tenkes unntak, eksempelvis fordi disse uttalelsene forberedes som om det skulle treffes enkeltvedtak,⁹³ og fordi de i stor grad legges til grunn av partene.⁹⁴

Hensynet til borgerens berettigede forventninger er omtalt i pkt. 2.3.4 og 3.3 ovenfor. Om partene skulle oppfatte uttalelsene som bindende, eller om rettspraksis på sikt skulle legge nemndas uttalelser ukritisk til grunn uten å gjøre en selvstendig vurdering, kan man kanskje reise spørsmål om ikke slike uttalelser i realiteten er "*bestemmende*", og derfor utgjør enkeltvedtak. Forvaltningsloven § 11 statuerer imidlertid en veiledningsplikt for forvaltningen, og denne kan vanskelig overholdes dersom man

⁹² Eckhoff (1976) side 104.

⁹³ Se Eckhoff/Smith side 226.

⁹⁴ Det foreligger ingen nøyaktige målinger på i hvor stor utstrekning nemndas uttalelser legges til grunn, men KOFA selv antar i årsrapport for 2003 – Klagenemnda for offentlige anskaffelser, at "*dette gjennomgående gjøres*".

tolker bestemmelsesvilkåret utvidende og lar slike uttalelser falle innenfor definisjonen. Hensynet til sammenheng i rettssystemet, tilsier derfor at borgerens forventninger om at uttalelsen er et vedtak må være særlig godt begrunnet før vi er innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Dette vil vanskelig være tilfellet der loven uttrykkelig sier at organets uttalelser utelukkende er rådgivende. Derfor kan det heller ikke være tvilsomt at uttalelser fra KOFA faller utenfor enkeltvedtaksdefinisjonen.

Vurderingen blir noe annerledes for likestillingsutvalget som generelt har vedtakskompetanse, men altså ikke der det allerede er truffet forvaltningsvedtak av andre, jfr. likestillingsloven § 13 annet ledd. Når likestillingsnemnda er tilsagt vedtakskompetanse på andre områder, kan kanskje en *"uttalelse"* (likestillingsloven § 13 første ledd) lettere oppfattes av borgeren som *"bestemmende"*, og hensynet til borgerens berettigede forventninger vil stå noe sterkere. Reelle hensyn kan i så fall tilsi at man lar en slik forvaltningsakt falle innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Antakelig av hensyn til å unngå tvil om hvilken status slike uttalelser skal ha, uttaler Holgersen at der nemnda ikke har kompetanse til å fatte enkeltvedtak, må *"henleggelse være den korrekte måte å bringe saken formelt til avslutning på"*.⁹⁵ Om nemnda avgir uttalelse uten å henlegge klagen formelt, kan dette trekke i retning av at uttalelsen likevel gis status som enkeltvedtak.

På den annen side er loven her klar på når man har å gjøre med uforbindende uttalelser, og når man står ovenfor enkeltvedtak. En eventuell forventning fra borgeren om at han står ovenfor et enkeltvedtak vil dermed være mindre berettiget. Derfor vil likestillingsnemndas uttalelser i normaltilfellene heller ikke representere enkeltvedtak.

Oppsummeringsvis må det klare utgangspunktet være at der en nemnd el.l. er gitt kompetanse til å avgi rådgivende uttalelser, og der det fremgår av kompetansegrunnlaget at disse kun er rådgivende, representerer heller ikke uttalelsene enkeltvedtak.

⁹⁵ Holgersen (1984) side 174.

4.4 Forvaltningens bevisste unnlatelser

Problemstillingen i dette avsnittet er om man har å gjøre med et enkeltvedtak der forvaltningen bevisst unnlater å gripe inn. Kan man tenke seg bevisste unnlatelser som er ”bestemmende”? Dette må holdes atskilt fra situasjonen der forvaltningen avviser en klage. At avvisninger er enkeltvedtak følger direkte av forvaltningsloven § 2 tredje ledd. Bevisste unnlatelser må også holdes atskilt fra ubevisst passivitet fra forvaltningen. Der forvaltningen f.eks. ikke er klar over en henvendelse som er kommet inn, og derfor ikke gjør noe med den, kan den umulig ha fattet en ”bestemmende” avgjørelse.⁹⁶

Som påpekt i pkt. 3.2.3 ovenfor, kan det ikke avvises at bevisste unnlatelser kan konstituere enkeltvedtak til tross for manglende formell form. Avgjørelsesvilkåret i enkeltvedtaksdefinisjonen kan være oppfylt også der forvaltningen bevisst unnlater å gripe inn, noe som normalt vil skje uten at det tilkjennegis språklig.

Innledningsvis bør nevnes at særlovgivningen naturligvis kan fastslå at slike bevisste unnlatelser skal regnes som enkeltvedtak, slik som f.eks. i plan- og bygningsloven § 95b. Dessuten kan manglende behandling av en søknad etter omstendighetene innebære et brudd på fremdriftskravet i forvaltningsloven § 11a.⁹⁷

Om bevisste unnlatelser faller inn under enkeltvedtaksdefinisjonen, ble aktuelt i 1998 da TV2 kjøpte en betydelig aksjepost i TV Norge. Oppkjøpet var ledsaget av en samarbeidsavtale mellom de to TV-kanalene. Konkurransetilsynet grep ikke inn mot markedsmakten som ble etablert men gav i stedet dispensasjon for samarbeidsavtalen.⁹⁸ Markedet for TV-reklame i Norge er lite, og Norske Annonsørers Forbund (ANFO) ønsket å påklage avgjørelsen om å ikke gripe inn, men fikk underhånden høre at avgjørelsen ikke kunne påklages.

ANFO brakte klagen over dispensasjonen og over at det ikke var blitt grepet inn etter konkurranseloven (av 1993) §§ 3-10 og/eller 3-11 inn for Sivilombudsmannen. En tilsvarende problemstilling hadde vært oppe for Sivilombudsmannen tidligere, hvor det

⁹⁶ Dette kan imidlertid utgjøre et brudd på fremdriftskravet i forvaltningsloven § 11 a.

⁹⁷ Se f.eks. Graver (2003) side 354.

⁹⁸ Konkurransetilsynets vedtak nummer 97/848.

ble konkludert med at unnlatt inngripen ikke konstituerte et enkeltvedtak.⁹⁹ I brev til Administrasjonsdepartementet sa Sivilombudsmannen at han hadde merket seg synspunktene fra ANFO, men at han ikke hadde *”funnet grunn til å ta denne siden av saken opp til ny behandling.”*¹⁰⁰ ANFO fikk derfor ikke prøvet saken på nytt i form av klage til Arbeids- og administrasjonsdepartementet jfr. forvaltningsloven §§ 3 og 28.

Det kan ikke være tvilsomt at det er rettssikkerhetsmessig betenkelig når borgeren i et tilfelle som dette fratas retten til å påklage en avgjørelse som potensielt har store virkninger for ham. Forvaltningskomiteen mente at å nekte å behandle en sak ikke skulle regnes som enkeltvedtak, men erkjente samtidig at det var lite heldig om borgeren ikke fikk klageadgang i et slikt tilfelle. I innstillingen heter det bl.a.: *”Han vil derfor i slike tilfelle kunne ha behov for å angripe avgjørelsen gjennom administrativ rekurs”*.¹⁰¹ Men behovet de peker på blir ikke avhjulpet i lovforslaget, og er heller ikke blitt avhjulpet i ettertid.

Lovavdelingen åpner for at bevisst unnlatt inngripen kan falle inn under begrepet, men har foreløpig nøydt seg med å bemerke at dette må bero på en *”konkret”* vurdering.¹⁰² Juridisk teori er delt i synet på om unnlatelser kan utgjøre enkeltvedtak. Eckhoff/Smith er skeptiske, men holder døren åpen.¹⁰³ Graver inntar et liknende standpunkt, og peker på problemet kan avhjelpes gjennom særlovgivningen.¹⁰⁴ Boe og Kragset synes å være de eneste teoretikerne som klart tar til orde for at en del bevisste unnlatelser må falle innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen.¹⁰⁵

Problemstillingen synes ikke å ha vært oppe i rettspraksis. Reelle hensyn trekker slik jeg ser det i begge retninger. På den ene siden er det rettssikkerhetsmessig betenkelig å begrense klageadgangen på denne måten. Dersom Konkurransetilsynet hadde tillatt forretningsnektelsen eller bedriftservervene, ville avgjørelsene vært enkeltvedtak, og ANFO ville hatt klagerett. Det synes lite heldig at rettsstillingen i forhold til klagespørsmålet blir vesensforskjellig alt ettersom hvilken form forvaltningen benytter

⁹⁹ Se Sivilombudsmannens årsmelding 1997 side 74 flg.

¹⁰⁰ Jfr. Boe (1999) side 5 flg.

¹⁰¹ Se Innstillingen side 208.

¹⁰² Lovavdelingens uttalelse i sak nummer 95/08483.

¹⁰³ Eckhoff/Smith (2003) side 227.

¹⁰⁴ Graver (2003) side 355-356.

på sine avgjørelser, all den tid forvaltningsloven § 2 ikke oppstiller noen formkrav. På den annen side finnes Sivilombudsmannsordningen som en sikkerhetsventil som antakelig vil avhjelpe en del av borgerens følelse av "rettsløshet" i et tilfelle som dette.

Rettsteknisk er det naturligvis også en praktisk måte for domstolene å trekke grensen på, dersom de uten videre kan konkludere med at bevisste unnlatelser faller utenfor enkeltvedtaksbegrepet. Det vil nok være rettsøkonomisk betenkelig å tillate klagerett for bevisste unnlatelser. Dette argumentet er imidlertid av begrenset vekt; det finnes få eksempler fra praksis der problemstillingen har kommet opp.

Et annet spørsmål er om folkerettslige forpliktelser medfører andre løsninger for utenlandske konkurrenter, og hvis så, om harmoniserings- og likhetshensyn tilsier en likeartet løsning ved konflikt mellom nasjonale konkurrenter.

Forutsatt at bevisste unnlatelser ikke faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen, har ikke borgeren klagerett jfr. forvaltningsloven §§ 3 og 28. Etter EØS-avtalen artikkel 3 første ledd har imidlertid norske myndigheter plikt til å *"treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale"*. Avtalen er gitt forrang annen lovgivning jfr. EØS-loven § 2 første ledd.

EF-traktatens artikkel 10 (tidligere artikkel 5, tilsvarende EØS-avtalen art. 3) har vært oppe for EF-domstolen i bl.a. Kommisjonen mot Frankrike, hvor Frankrike ble dømt for ikke å ha grepet inn overfor private bønders aksjoner mot jordbruksvarer fra Spania. Av avgjørelsen følger at dersom en borger anmoder et forvaltningsorgan mot å gripe inn ovenfor en begrensning som følger av EF-traktaten, må en unnlatelse av å gripe inn begrunnes, og den må gjøres til gjenstand for overprøving.¹⁰⁵ Av dette må kunne slutes at dersom ANFO i eksempelet ovenfor hadde vært et utenlandsk rettssubjekt, og fra et land som var part i EØS-avtalen, måtte de antakelig vært innrømmet klagerett, all den tid EØS avtalen artikkel 53 første ledd verner nettopp *"avtale[r] mellom foretak"* ...

¹⁰⁵ Boe (1999) side 5 flg og Kragset (1998).

¹⁰⁶ Commission vs. France, sak C-265-95. Rekkevidden av dommen er imidlertid omstridt. Det er ikke opplagt at man generelt kan utlede positiv handleplikt ut fra EF-traktatens negative normering, se bl.a. Graver (2004) og Krugner (2003). Sistnevnte artikkel gjelder krav til offentliggjøring og prosedyre for statens anskaffelser som faller utenfor sekundærlovgivningen, og dermed kun reguleres av EF-traktatens

”som kan påvirke handelen mellom avtalepartene”. Regelen Domstolen oppstiller, er naturligvis styrt av folkerettslige frihandelshensyn som ikke gjør seg gjeldende der det er to nasjonale selskap som strides, slik som i ANFO-saken. På den andre siden tilsier hensynet til harmoni i regelverket at man også åpner for at bevisste unnlatelser kan gi klagerett der man har å gjøre med to nasjonale rettssubjekter.¹⁰⁷ Videre er det uheldig at en utenlandsk aktør får et konkurransefortrinn kontra enn nasjonal aktør. Likhets hensyn tilsier derfor den samme løsningen.

Gjeldende rett gir ikke anvisning på noen klar løsning. Rettssikkerhetshensyn stod som nevnt særlig sentralt ved utferdigelsen av forvaltningsloven. Slike trekker i retning av at også bevisste unnlatelser også regnes som *”bestemmende”*. Under tvil faller jeg derfor ned på den konklusjon at også bevisst unnlatelse av å gripe inn kan representere enkeltvedtak.

4.5 Gjelder en hovedårsakslære?

Problemstillingen under dette avsnittet er om forvaltningsakten må være hovedårsaken til endringen i partens rettsstilling, eller om det er tilstrekkelig at den virker inn på rettsstillingen.

En slik *”årsakslære”* ble første gang forfektet av Sivilombudsmannen i hans årsmelding for 1997.¹⁰⁸ Her var faktum i korthet at selskapet A i 1993 klaget til Konkurransetilsynet over at B nektet å forhandle deres skipselektroniske utstyr.¹⁰⁹ Etter en konkret vurdering, valgte tilsynet å ikke gripe inn etter konkurranseloven (1993) § 3-10.

Sivilombudsmannen formulerer problemstillingen på følgende måte: *”Spørsmålet etter dette blir da om det er forretningsnektelsen og ikke forvaltningens unnlatte inngripen som i forhold til forvaltningsloven må sies å være bestemmende for As rettslige stilling”*.¹¹⁰ Siden konkluderer han på følgende måte: *”I forhold til den som rammes av forretningsnektelsen, vil det være forretningsnektelsen som blir bestemmende for dennes*

regler og prinsipper. Drøftelsen av spørsmålet om positive forpliktelser er imidlertid av generell karakter. Se Braun (2000), som konkluderer med at det ikke generelt kan utledes positive forpliktelser av traktaten.

¹⁰⁷ Vekten av harmoniseringshensynet er imidlertid begrenset, se Rt. 2004 side 834.

¹⁰⁸ Se bl.a. årsmeldingen for 1997 side 73 flg. Betegnelsen *”årsakslære”* er hentet fra Boe (1999).

¹⁰⁹ Klagen ble riktignok fremmet for Priserådet, men i om. vedtakelsen av konkurranseloven av 1993 ble saken overført til det nyopprettede Konkurransetilsynet.

”rettigheter og plikter”.¹¹¹ Konkurransemyndighetenes unnlatte inngripen vil bare være av indirekte betydning for den som utsettes for forretningsnektelsen.”¹¹²

Som ovenfor var det altså snakk om en bevisst unnlatt inngripen fra forvaltningens side. Men årsaksstandpunktet kan tenkes anvendt også utenfor området for de bevisste unnlatelser, og jeg har derfor skilt ut dette spørsmålet til en egen behandling.

En normal språklig forståelse av ordlyden, *”bestemmende for rettigheter eller plikter”*, gir ikke noe klart svar på spørsmålet om forvaltningsakten må utgjøre hovedårsaken til endringen i rettsstillingen for at den skal være et enkeltvedtak. Det synes forsvarlig å forstå *”bestemmende”* både som *”den utløsende årsaken”*, *”hovedårsaken”* eller i retning av *”en av flere årsaker som til sammen medfører at rettsstillingen endres”*. Hvilket tolkningsalternativ er så det rette?

Boe mener at ordlyden best gir støtte for sistnevnte tolkningsalternativ. Han baserer sitt synspunkt på at dersom lovgivers intensjon var å oppstille et krav om at forvaltningsakten i seg selv måtte være hovedårsaken til endringen i borgerens rettsstilling, ville vilkårene *”skaper”*, *”avgjør”* eller *”bestemmer”* vært foretrukket fremfor *”bestemmende for”*.

Rettsøkonomiske hensyn (pkt. 2.3.2), støtter ombudsmannens løsning, idet denne løsningen vil føre til at færre forvaltningsakter faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Et argument som trekker i motsatt retning, er at det normalt vil være svært vanskelig å identifisere hvorvidt det var forvaltningsakten eller andre forhold som utløste, eller som var hovedårsaken til endringen i borgerens rettsstilling. Rettstekniske hensyn tilsier derfor at bestemmelsesvilkåret tolkes i retning av *”en av flere årsaker som til sammen medfører at rettsstillingen endres”*.

Dessuten vil det at borgerens rettsstilling avviker vesentlig alt ettersom hans klage realitetsbehandles med negativt utfall, eller at den avvises,¹¹³ eller om forvaltningen

¹¹⁰ Se årsmeldingen for 1997 side 76.

¹¹¹ Bestemmelsen lyder imidlertid *”rettigheter eller plikter”*, så her siterer ombudsmannen loven galt. (Min understrekning).

¹¹² Se årsmeldingen for 1997 side 77.

bevisst unnlater å gripe inn, stride mot den alminnelige rettsfølelse. Klageadgangen er dessuten en særlig sentral rettssikkerhetsgaranti. At borgeren skal frarøves denne fordi forvaltningen velger formen "unnlatelse" fremfor realitetsbehandling eller avvisning synes lite heldig.

Dessuten kan ombudsmannens tolkningsalternativ lede til svært urimelige resultater. Hvis vi går tilbake til eksempelet under pkt. 1.3 om søknad om erverv av oppdrettsanlegg, kan vi tenke oss at det aktuelle regionskontor i Fiskeridirektoratet gir selskapet A tillatelse til å erverve oppdrettsanlegget B. Vi kan videre tenke oss at B har drevet med underskudd i mange år, men at det er et politisk mål å opprettholde driften fordi den aktuelle kommunen er fraflyttingstruet el.l. Derfor gis A i avtale med regionskontoret både driftstilskudd og løfte om at det ikke vil bli gitt tillatelse til konkurrerende virksomhet.

Videre kan vi tenke oss at regionskontoret etter en periode reduserer driftstilskuddet som ble ytet B i form av avtale med organet. B lider store tap, og ønsker å fremme en klage over det reduserte driftstilskuddet. Klageorganet kan i tilfelle tenkes å vise til sivilombudsmannens tolkningsalternativ og gjøre gjeldende at det ikke var det reduserte driftstilskuddet som var "*bestemmende*" for Bs tap, men fallende laksepriser el.l. Klageorganets betraktning kan i og for seg være korrekt, men er dette en rimelig måte å tolke loven på?

Eller vi kan tenke oss at Samferdselsdepartementet argumenterer langs de samme linjer ovenfor et drosjeselskap som lider store tap som en følge av at ytterligere 1000 drosjeløyer deles ut i hovedstaden. Departementet kan ha rett i at tapet også skyldes at befolkningen av ulike årsaker foretrekker andre fremkomstmidler. Men er det en rimelig måte å tolke loven på?

Svaret gir seg etter mitt syn selv. De lege ferenda må derfor "*bestemmende*" tolkes slik at forvaltningsakten ikke trenger å utgjøre mer enn en av flere årsaker som til sammen medfører at rettsstillingen endres.

¹¹³ I tilfelle ville altså dette vært et enkeltvedtak etter henholdsvis forvaltningsloven § 2 første ledd litra b

Sivilombudsmannen har imidlertid kommet til motsatt konklusjon ved (minst) to anledninger. Og i teorien er det bare Boe og Kragset som hevder det motsatte tolkingsalternativ, bl.a. på bakgrunn av de samme reelle hensyn som jeg har gjort rede for ovenfor. Graver inntar f.eks. det motsatte standpunktet.¹¹⁴ Rettspraksis foreligger ikke, og forarbeidene omtaler ikke spørsmålet. De lege lata er løsningen derfor uklar.

4.6 Må forvaltningsakten være "nyskapende"?

Et praktisk eksempel der det er problematisk å bringe på det rene om kontakt mellom borger og forvaltning oppfyller lovens bestemmelsesvilkår har vi der en kommune mener at et serveringssted med skjenkebevilling har overdratt sin virksomhet. I alkoholloven § 1-10 første ledd heter det at bevillingen *"faller bort ved overdragelse av virksomheten. Det samme gjelder ved overdragelse av alle eller en dominerende andel av aksjene eller andelene i et selskap som eier slik virksomhet."* Dersom kommunen mener at det har skjedd en slik virksomhetsoverdragelse vil de normalt rette en skriftlig henvendelse til selskapet om at bevillingen har falt bort.

I Oslo kommune sonderer bevillingsrelaterte spørsmål under Næringsetaten. Næringsetaten hevder at en slik skriftlig henvendelse ikke er kontakt som konstituerer enkeltvedtak.¹¹⁵ Etaten mener at bortfall av bevilling etter alkoholloven § 1-10 første ledd er en automatisk konsekvens av at aksjer overdras, altså at bortfallet er en slags direkte følge av loven, og at et slikt brev derfor ikke er *"bestemmende"*. Sagt på en annen måte, synes etaten å mene at utfallet av saken følger av loven og ikke av deres forvaltningsavgjørelse. Et serveringssted som mottar et slikt brev fra Næringsetaten vil derfor være forhindret fra å påklage etatens vurdering av om det er overdratt en slik *"dominerende andel"*.

Om det har skjedd en virksomhetsoverdragelse i alkoholloven § 1-10 sin forstand kan ofte være et tvilsomt spørsmål. Fra forvaltningspraksis vil jeg trekke frem et eksempel hvor man noe forenklet stod ovenfor følgende faktum: Oslo kommune ved

eller § 2 tredje ledd.

¹¹⁴ Graver (2003) side 355.

¹¹⁵ Næringsetaten ved saksbehandler Olaf-Jacob Syrdal har muntlig 27. juli 2004 og i e-post av 13. september 2004 bekreftet at det fremdeles er slik de tolker bestemmelsen.

Næringssetaten tildelte september 2001 serveringsbevilling til selskapet X AS i Oslo. Selskapet oppgav ved en inkurie gal aksjonærfordeling i bevillingssøknaden.

I X AS' årsregnskap for 2002 ble den korrekte aksjonærfordelingen oppgitt, og disse opplysningene ble kjent for Næringssetaten. I august 2003 sender etaten et brev til X AS hvor de hevder at det har skjedd en virksomhetsoverdragelse i selskapet i strid med alkoholloven § 1-10. Etter etatens syn måtte derfor X AS umiddelbart opphøre med alkoholservering. Videre heter det i brevet at dersom denne oppfordringen ikke ble etterlevet, ville det få betydning for en eventuell etterfølgende søknad om ny bevilling.

Om det er overdratt en *"dominerende andel av aksjene"* i dette tilfellet, der det de facto ikke er overdratt en eneste aksje, er i beste fall høyst tvilsomt. Kanskje kan lovformålet tilsi at bestemmelsen skal tolkes utvidende der det oppgis gal aksjonærfordeling på søknadstidspunktet. Spørsmålet faller utenfor rammene for denne avhandlingen, og vil ikke forfølges i det videre. Men det synes klart at spørsmålet ikke har en så vidt åpenbar løsning at de rettssikkerhetsgarantier som gjelder for enkeltvedtak skal fratas borgeren. Når alkohollovens forarbeider samtidig sier at *"Det må vurderes konkret hva som er en overdragelse av en vesentlig andel aksjer eller andeler i selskapet som driver virksomheten"*,¹¹⁶ synes det enda klarere at det ikke er tale om noe slikt "automatisk bortfall" som Næringssetaten hevder. Det synes derimot å være snakk om en "avgjørelse" fra Næringssetaten som er *"bestemmende"* for selskapets *"rettigheter"* til å drive alkoholservering, og dermed også et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.

Etatens synspunkt om "automatisk bortfall" forutsetter som påpekt av Boe at man alltid kan konkretisere hva en generell lovplikt går ut på, hvilket ikke er tilfelle.¹¹⁷

Også Bernt/Rasmussen legger til grunn at man har å gjøre med en *"bestemmende"* forvaltningsakt:

"også [i] situasjoner hvor et offentlig organ treffer en avgjørelse som fullt ut er basert på anvendelse av eksisterende rettsregler, for eksempel om tildeling av alderspensjon etter reglene i Folketrygdloven kapittel 19, eller om utligning av skatt etter reglene i Skatteloven og Ligningsloven".¹¹⁸

¹¹⁶ Se Ot. prp. nr. 7 (1996-1997) side 120.

¹¹⁷ Boe (1999) side 33.

Både ordlyd, reelle hensyn og juridisk teori tilsier derfor at etatens synspunkt om at man ikke har å gjøre med et enkeltvedtak der avgjørelsen ”følger direkte av loven” er uriktig. Av dette må man kunne slutte at selv om en forvaltningsakt tilsynelatende kommer som en direkte konsekvens at det er handlet i strid med en lovbestemmelse, er den likefullt ”bestemmende” for borgerens ”rettigheter”.

En uttalelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 1998 side 300 (Draktreklame), kan imidlertid være egnet til forvirring for spørsmålet om en forvaltningsakt må tilføre noe ”nytt” til borgerens rettstilstand før den representerer et enkeltvedtak.

Et av spørsmålene utvalget skulle besvare var om et brev fra Rusmiddeldirektoratet til to bryggerier med anmodning om å stanse bruken av firmanavnet i sin markedsføring var et vedtak, slik lagmannsretten hadde lagt til grunn. I kjæremålsutvalgets knappe begrunnelse for at brevet ikke hadde vedtaksstatus, heter det følgende:

”Rusmiddeldirektoratet gir i sine brev uttrykk for en tolkning av alkoholreklameforbudet i alkoholloven § 9-2 første ledd som det mener må få betydning for draktreklamen, og det gis også uttrykk for hvilke følger fortsatt reklamevirksomhet kan få. En slik uttalelse skaper ikke noe nytt rettsgrunnlag for eventuelle sanksjoner mot selskapene.”

Derfor var det etter utvalgets syn heller ikke noe vedtak.

Avgrensningen (”ikke noe nytt rettsgrunnlag”) lar seg ikke lese ut av ordlyden. Det må finne sted en ”avgjørelse” som er ”bestemmende” for borgerens ”rettigheter”, men det er vanskelig å finne holdepunkter for at loven også oppstiller krav om at denne avgjørelsen må være ”nyskapende”. Et brev fra forvaltningen kan etter en normal språklig forståelse være ”bestemmende” for en borgers ”rettigheter” selv om det også finnes andre forhold som kan virke inn på de aktuelle rettighetene. Skulle det være krav til noe ”nytt rettsgrunnlag for ... sanksjoner” før en forvaltningsakt er ”bestemmende”, ville en rekke forvaltningsakter, som det er alminnelig akseptert at er enkeltvedtak, ikke være det, og derfor heller ikke kunne påklages. Dersom ”politiet fjerner skiltene fra en bil” forutsatt at ”dette [er] ”uttrykk for et forbud mot å kjøre bilen inntil den er bragt i forsvarlig teknisk stand”, og at dette er en ”normering hvor det fastsettes et forbud mot å kjøre bilen”, legger teorien som nevnt til grunn at man har å gjøre med et

¹¹⁸ Bernt/Rasmussen (2003) side 135.

enkeltvedtak.¹¹⁹ Men skulle kjæremålsutvalgets krav til ”nytt rettsgrunnlag” gjøres gjeldende også på dette området, vil det ikke lenger være det. For kompetansen til å fjerne skiltene har jo allerede veimyndighetene i loven. Et forelegg for ulovlig byggearbeid iht. plan- og bygningsloven § 113 første ledd, jfr. § 114 første ledd, vil ikke være et enkeltvedtak, for kompetansen til å ilegge et slikt forelegg følger allerede av loven osv.

Kjæremålsutvalget kunne – og burde slik jeg ser det – begrunnet sin avgrensning i at de aktuelle brev verken direkte eller indirekte var, eller tok sikte på å være, ”bestemmende” for bryggerienes rettigheter til å reklamere med sitt merkevarenavn. Det virker snarere å ha vært snakk om et varsel om senere inngrep fra Rusmiddeletatens side. Uttalelsen er også i skarp kontrast til en entydig juridisk teori. Boe uttaler f.eks. kategorisk: *”En forvaltningsavgjørelse trenger ikke å skape noe nytt i forhold til loven”*, og påpeker også at en forvaltningsavgjørelse heller ikke trenger å skape noe nytt *”i forhold til et tidligere vedtak”*.¹²⁰ Videre er det verdt å merke seg at uttalelsen må forstås som et obiter dictum og er avsagt av kjæremålsutvalget, ikke Høyesterett i avdeling.¹²¹ Dette er to momenter av betydning for hvilken vekt uttalelsen kan tillegges.¹²²

Skulle det være slik at enkeltvedtaksbetegnelsen er forbeholdt situasjonen der forvaltningen gjør noe ”nytt”, ville grensene for enkeltvedtak bli svært snevre. Eckhoff/Smith påpeker også at:

”Bestemmende for rettigheter eller plikter er også avgjørelser som går ut på å slå fast med bindende virkning om en rett eller plikt foreligger, og hvilket innhold den i tilfelle har. Tollvesenets avgjørelse av hva som etter tolltariffen skal betales i toll, og trygdemyndighetenes avgjørelse om at noen har krav på trygd, er altså også vedtak.”¹²³

Avgjørelser om tildeling av trygd og fortolling er også avgjørelser som ofte vil være standardiserte, og kan også sies - for å benytte Næringsstatens upresise karakteristikker - å følge ”direkte av loven”. Men også slike avgjørelser er altså enkeltvedtak som kan

¹¹⁹ Graver (2003) side 353.

¹²⁰ Boe (1999) side 33.

¹²¹ Spørsmålet var om bryggeriene hadde rettslig interesse i *”å bruke sine firnamer/logoer i markedsføringsøyemed”*, og det fant utvalget at de hadde, uavhengig av om brevet måtte regnes som enkeltvedtak eller ikke.

¹²² Se f.eks. Eckhoff (2000) side 172.

påklages. Desto større grunn er det til å gi nevnte type avgjørelser fra Næringssetaten samme status. Som mitt eksempel viser kan denne typen avgjørelser skape kompliserte lovtolkningsspørsmål som det bør være anledning til å få prøvet på nytt.

At forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier - jeg tenker da særlig på klageadgangen - ikke skal gjelde der forvaltningen selv mener at en inngrepshjemmel er "sikker", har dessuten ingen støtte i lovens forarbeider.

4.7 Høyesteretts avgrensning i Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen)

I Rt. 1999 side 1517 velger Høyesterett, denne gangen i avdeling, en ganske annen avgrensning enn i Rt. 1998 side 300. Her uttaler Høyesterett:

"Som utgangspunkt må etter min mening et tiltak som klart skader fisket, sies å være « bestemmende » for grunneierens fiskerett."

Høyesterett stiller her verken krav til forvaltningsaktens form eller til dens "nyskaphet" så fremt det "*klart skader fisket*". Det er altså innvirkningen på borgeren som står i fokus. Men retten åpner samtidig for et unntak der forvaltningen regnet med at forvaltningsakten utelukkende skulle få positiv innvirkning på borgerens rettsstilling:

"Det som likevel skaper tvil, er at direktoratet regnet med utelukkende positive virkninger av mysisutsettingen. Dersom dette hadde slått til, ville en neppe ha rubisert handlingen som et forvaltningsvedtak og dermed et enkeltvedtak."

Unntaket har ikke støtte i ordlyden, og reelle hensyn taler slik jeg ser det i motsatt retning, bl.a. retstekniske hensyn. For en domstol vil det kunne være problematisk å gjøre en etterfølgende vurdering av hvilke virkninger forvaltningen regnet med av en forvaltningsakt. Og det er heller ikke rimelig at forvaltningens forhåndsvurdering av innvirkningen skal være styrende for om forvaltningsakten skal være et enkeltvedtak som borgeren kan klage over.

Kanskje er det også derfor Høyesterett moderer seg i neste setningen:

"Det avgjørende for klassifiseringen må formentlig være om direktoratet i vårt tilfelle burde ha tatt i betraktning muligheten for at eiernes fiskerett ville kunne skades."

¹²³ Eckhoff/Smith (2003) side 226. Synspunktet bilfalles også i Woxholth (1999) side 39.

Etter ordlyden er det avgjørende om forvaltningsakten er "*bestemmende*" eller ikke. Høyesterett virker å mene at man må gjøre en vurdering av forvaltningens aktsomhet idet forvaltningsakten ble utført. Jeg forstår Høyesterett dit hen at dersom forvaltningen burde tatt i betraktning at forvaltningsakten kunne få negative konsekvenser for en borger, er den også "*bestemmende*". Mens dersom det på utførelsestidspunktet ikke var grunn for forvaltningen å ta inn over seg muligheten for negative konsekvenser for borgeren, representerer heller ikke forvaltningsakten noe enkeltvedtak.

Det er vanskelig å lese en slik aktsomhetsvurdering ut av lovteksten, og dette taler i dens disfavør. På den annen side kan hensynet til forvaltningens innrettelse tilsi at forvaltningen på et tidspunkt må kunne være sikker på at en forvaltningsakt den har utført ikke faller inn under enkeltvedtaksdefinisjonen. På den annen side kan vanskelig dette behovet være stort. Et erstatningskrav vil borgeren uansett kunne fremme (se pkt. 2.2), uavhengig av om forvaltningsakten ikke faller innenfor enkeltvedtaksdefinisjonen. Og for en borger som mener at forvaltningen har foretatt seg en urettmessig faktisk handling, er det nettopp erstatning som er den mest praktiske beføyelsen å gjøre gjeldende.

Videre vil ikke det praktiske problemet med å gjøre en vurdering av forvaltningsakten i etterkant av dens utførelse avhjelpes med denne aktsomhetsregelen. Om aktsomhetsregelen legges til grunn, må man gjøre en vurdering av forvaltningens aktsomhet i etterkant av utførelsen. Uten en slik aktsomhetsregel som Høyesterett tilsynelatende oppstiller, må man gjøre en vurdering av om innvirkningen på borgeren har vist seg å være "*bestemmende*". Uansett må det skje en vurdering i etterkant, og den siste typen vurdering har langt bedre forankring i ordlyden.

Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen) legger slik jeg ser det ballen død for enhver spekulasjon om at det gjelder formkrav for enkeltvedtak. Det kan ikke lenger være tvilsomt at det er innvirkningen på borgeren som er avgjørende, ikke forvaltningsaktens karakter. Jeg er mer tvilende til unntaket Høyesterett oppstiller, altså at en forvaltningsakt bare representerer et enkeltvedtak der forvaltningen "*burde tatt i betraktning muligheten*" for en negativ innvirkning på borgerens hånd. Det har ingen støtte i ordlyden, og jeg kan heller ikke se at vektige reelle hensyn tilsier et slikt unntak.

Uttalelsen kommer som nevnt i et obiter dictum, i tillegg til at Høyesterett selv tar forbehold hva angår dette unntaket jfr. *"formentlig"*. I hvilken grad det vil bli etterlevet i forvaltnings- og domstolspraksis i årene som kommer, vil være avgjørende for i hvilken grad man kan legge det til grunn som gjeldende rett.

4.8 Kan det tenkes avtaler om *"utøving av offentlig myndighet"* som ikke samtidig er enkeltvedtak?

Om, og i hvilken grad forvaltningens avtaler må betraktes som et enkeltvedtak er mye debattert tema i nyere forvaltningsrettslig teori, og er, som påpekt i forvaltningslovens forarbeider, et sammensatt spørsmål.¹²⁴ Men det er bred enighet i juridisk teori om at avtaler kan være enkeltvedtak.¹²⁵ Dette er også forutsatt flere ganger av Høyesterett, og i forvaltningslovens forarbeider.¹²⁶ Rt. 1999 side 1672 sår imidlertid en viss tvil om dette utgangspunktet, jfr. straks nedenfor.

I pkt. 1.2 ovenfor har jeg avgrenset mot å behandle spørsmålet om i hvilken grad forvaltningen har kompetanse til å *"gi tilsagn som binder framtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet"* (Rt. 1992 side 1235).¹²⁷ I dette avsnittet forutsetter jeg både at det er inngått en rettsgyldig avtale mellom borger og forvaltning, og at det er *"offentlig myndighet"* det disponeres over.

Spørsmålet blir derfor utelukkende om det kan tenkes rettsgyldige avtaler mellom borger og forvaltning om *"utøvelse av offentlig myndighet"* som ikke samtidig er et enkeltvedtak.¹²⁸ Dersom denne problemstillingen må besvares bekreftende, vil

¹²⁴ Ot.prp.nr.3 (1976-1977) side 56

¹²⁵ Se Backer (1986) side 580, Bernt (1981 a), Eckhoff/Smith (2003) side 227 og Frihagen (1989) side 340.

¹²⁶ Se bl.a. Rt. 1998 side 1398 og Rt. 2002 side 19 og Innstillingen side 207. Se dog mindretallets votum i Rt. 1999 side 1672.

¹²⁷ Se nærmere om denne problemstillingen bl.a. hos Boe (2004) side 515 flg., Bernt (1981 a), Frihagen (1977), og Aulstad (2004) med videre henvisninger.

¹²⁸ Som Aulstad peker på, finnes formelle argumenter mot at avtaler skal kunne betraktes som enkeltvedtak. Dette fordi avtalemotparten ikke blir bundet ved *"forvaltningens ensidige disposisjon, men som følge av sin egen aksept."* jfr. Aulstad (2004) side 77. Men som også Aulstad selv fremholder er det på lite tvilsomt at avtaler kan være enkeltvedtak. Dette forutsatte lovgiver allerede i Innstillingen: *"Det offentlige vil ofte være part i et privatrettslig kontraktsforhold... De beslutninger offentlige myndigheter treffer som part i slike kontraktsforhold, må naturligvis først og fremst bedømmes etter kontraktsrettens regler. Men dette utelukker ikke at offentlige myndigheter også i slike forhold kan utøve offentlig myndighet, og at de beslutninger, kan bli å bedømme som forvaltningsvedtak"*, se Innstillingen side 207.

forvaltningen kunne unngå å bli rammet av saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak ved å velge avtaleformen.

Det finnes ingen rettsavgjørelser som direkte legger til grunn et slikt resultat, og det finnes så vidt vites, ikke juridisk teori som tar til ordet for en slik løsning. Rt. 1999 side 1672 sår imidlertid en viss tvil om rettstilstanden. Saksforholdet her var at Rælingen kommune hadde inngått en avtale hvor den ovenfor et fysikalsk institutt hadde forpliktet seg til å yte driftstilskudd til tre privatpraktiserende fysioterapeuter som arbeidet ved instituttet. Ca. 10 år senere sa kommunen opp avtalen og reduserte driftstilskuddet til å omfatte kun to terapeuter. Det var ikke bestridt at det var inngått en gyldig avtale. Problemstillingen – om driftstilskuddet kunne reduseres – ble løst rent kontraktsrettslig; høyesteretts flertall på 4 dommere tok overhodet ikke stilling til om avtalen om å inngå driftstilskuddsavtaler også innebar *”utøving av offentlig myndighet”* og om man dermed også stod ovenfor et enkeltvedtak som kunne omgjøres.

Hva man kan slutte fra Høyesteretts taushet på dette punktet, er det vanskelig å ha noen sikker formening om. I hvert fall to mulige slutninger kan tenkes. En slutning kan være at Høyesteretts flertall er av den oppfatning at de ikke stod ovenfor *”utøving av offentlig myndighet”*. Hvordan forhåndsbinding av myndighet til å yte tilskudd for fremtiden ikke er *”utøving av offentlig myndighet”* har jeg imidlertid vanskelig for å se. Problemstillingen faller utenfor rammene for denne avhandlingen (se pkt. 1.2). Kort vil jeg likevel bemerke at ordlyden i forvaltningsloven § 2 på dette punktet i det minste burde fordret en kommentar fra Høyesteretts flertall; se også Aulstad som finner dette *”oppsiktsvekkende”* og at avgjørelsen må betraktes som en *”faglig arbeidsulykke”*.¹²⁹

En alternativ slutning kan derfor være at Høyesterett mener mellomværendet faller innenfor vilkåret om *”utøving av offentlig myndighet”*, men utenfor vilkåret *”bestemmende for rettigheter eller plikter”*. I tilfelle er dommen et eksempel på en avtale mellom borger og forvaltning om *”utøving av offentlig myndighet”* som ikke er enkeltvedtak.

¹²⁹ Aulstad (1999) side 75-76. Saken virker imidlertid å ha blitt prosedert som om dette var et rent kontraktsrettslig mellomværende; verken kommunen eller instituttet virker å ha knyttet noen kommentarer til forvaltningsloven § 2 slik deres anførsler er gjengitt i Rettstidende, se dommens side 1678-1679.

Hvordan en forvaltningsakt hvor *"Blystadlia Fysioterapi forutsettes å dekke behov for alle fysioterapitjenester i Blystadlia/Løvenstad regionen"*, mot at det *"knyttes minst 2 hjemler til instituttet"*¹³⁰, ikke er *"bestemmende"* for instituttets rett på driftstilskudd er etter mitt syn vanskelig forenlig med ordlyden.

Spørsmålet er om Høyesterett var av den oppfatning at *"bestemmende"* må tolkes innskrenkende der det privatrettslige elementet i mellomværendet er stort.

Sammenhengen mellom mindretallets votum og flertallets votum gjør denne slutningen nærliggende. Mindretallet konkluderer med at dette er et enkeltvedtak særlig *"fordi Blystadlia Fysioterapi AS ikke påtok seg noen motytelse"*,¹³¹ mens flertallet betrakter Blystadlias forpliktelse til å dekke fysioterapibehovet i kommunen som et *"motstykke til den forpliktelse kommunen påtok seg"*.^{132 133}

Dersom dette er den korrekte måten å forstå Rt. 1999 side 1672, må kanskje historien om bestemmelsesvilkåret skrives på nytt. Høyesterett uttaler altså ikke direkte at man er utenfor bestemmelsesvilkåret der det privatrettslige elementet i mellomværendet er fremtredende, eller om de fant at dette falt utenfor pga. vilkåret om *"utøving av offentlig myndighet"*. Men dersom Høyesterett med rette skal forstås dit hen at en privatrettslig tilslutningsform utelukker at man er innenfor bestemmelsesvilkåret i forvaltningsloven § 2, har vi å gjøre med en betydelig kursendring fra landets øverste domstol. I tilfelle vil forvaltningen kunne omgå forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak bare ved å velge formen avtale, med de konsekvenser dette har for rettssikkerheten.

¹³⁰ Med "hjemmel" menes avtale mellom kommunen og en privatpraktiserende fysioterapeut om kommunalt driftstilskudd etter kommunehelsetjenesteloven § 4-1 første ledd.

¹³¹ Dommens side 1681-1682.

¹³² Dommens side 1679-1680. Aulstad (2004) side 79 peker på at mindretallet dermed må forstås slik at en forvaltningsakt ikke representerer et enkeltvedtak om den er sluttet i form av en avtale. Dette er imidlertid stikk i strid med den etablerte rettsoppfatning, se bl.a. notene 126 og 128 ovenfor.

¹³³ En tilstøtende problemstilling som faller utenfor denne oppgaven, er om en gjensidig bindende avtale av denne karakter, kan anses som en anskaffelse som er omfattet av de prosessuelle bestemmelser om tildeling av offentlige kontrakter etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser. Det pågår for tiden en debatt i EU og EØS om avgrensningen mellom tjenestekontrakter og såkalte tjenestekonsesjoner som faller utenfor dette regelverk. Nærings- og handelsdepartementet (NHD) hevder blant annet at driftstilskudd til privatpraktiserende fysioterapeuter mot en plikt til å drive fysioterapitjenester på nærmere bestemte vilkår er en tjenestekonsesjon unntatt dette regelverk. Se fortolkningsuttalelse fra NHD datert 16. mars 2003. EF-domstolen har til nå vært tilbakeholden med å oppstille kriterier for

Forhåpentligvis vil fremtidige avgjørelser fra Høyesterett gjøre det klart at også avtaler med en borger om *”utøving av offentlig myndighet”* som gjelder hans *”rettigheter eller plikter”* er enkeltvedtak.

5 Oppsummering og konklusjoner

Hvilken kontakt mellom borger og forvaltning som er enkeltvedtaksstiftende er en kompleks problemstilling der rettskildematerialet på flere områder er sprikende. I denne avhandlingen har jeg tatt for meg de sentrale spørsmål innen dette problemskomplekset som har vært oppe i praksis, eller som lett kan tenkes å komme opp i praksis, og forsøkt å trekke ut noen hovedlinjer.

Oppsummeringsvis er det min konklusjon at om hvorvidt en forvaltningsakt representerer et enkeltvedtak først og fremst beror på hvilken innvirkning den får på borgeren. Ved denne analysen må man ta utgangspunkt i vilkåret *”bestemmende”* i forvaltningsloven § 2 første ledd litra a. Ved tvilstilfeller kan derimot form være et moment i vurderingen, men det kan ikke utledes noen absolutte formkrav fra lovens avgjørelsesvilkår.

Bl.a. derfor kan også såkalte *”faktiske handlinger”* representere enkeltvedtak selv om slike gjerne ikke kommer språklig til uttrykk. Om en bevisst unnlattelse fra forvaltningen av å gripe inn representerer et enkeltvedtak er mer tvilsomt de lege lata, men de lege ferenda bør problemstillingen besvares bekreftende. Tvilsomt er også spørsmålet om det gjelder noen *”årsakslære”*, altså om innvirkningen på borgeren må ha sin hovedårsak i forvaltningsakten og ikke i andre forhold. Næringsetatens praksis om at avgjørelser som følger *”direkte av loven”*, altså at avgjørelser som etter etatens syn er så *”klare”* at de ikke fordrer noen prøving av jus og faktum ikke regnes som enkeltvedtak, innebærer en innskrenkende tolking av bestemmelsesvilkåret som ikke har støtte i rettskildematerialet. Denne konklusjonen er etter mitt syn lite tvilsomt.

avgrensningen mellom tjenestekontrakter og tjenestekonsesjoner, men en avklaring kan komme i sak C-458/03, Parkering Brixen, se forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott av 1. mars 2005.

Høyesteretts kjæremålsutvalgs uttalelser i Rt. 1998 side 300 om at de aktuelle brev ikke skapte "*noe nytt rettsgrunnlag for eventuelle sanksjoner*" er likeledes i strid med ordlyden, og virker ikke å være opprettholdt i Rt. 1999 side 1517 hvor Høyesterett i avdeling knytter vurderingen til hvilken innvirkning forvaltningsakten fikk for borgeren. Sistnevnte avgjørelse reiser imidlertid spørsmål bl.a. om hvordan man skal forholde seg til en situasjon der innvirkningen på borgeren først viser seg en tid etter at forvaltningsakten er utført. Dommen kan tyde på at forvaltningen er sikret mot at forvaltningsakten gis enkeltvedtaksstatus der forvaltningen på utførelsestidspunktet gjorde en forsvarlig vurdering av mulighetene for at den kunne få negative konsekvenser for en borger. Både ordlyd og reelle hensyn trekker etter min mening i retning av at denne regelen ikke bør opprettholdes av Høyesterett om retten skulle få seg forelagt et tilsvarende spørsmål i fremtiden. Det avgjørende bør være om forvaltningsakten rent faktisk viser seg "*bestemmende*" for borgerens rettigheter, uavhengig av forvaltningens forhåndsvurdering av innvirkningen.

6 Kilder

6.1 Lover

Avtaleloven:	Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. Lov nr. 2 av 31. mai 1918.
Vegtrafikkloven:	Vegtrafikklov. Lov nr. 4 av 18. juni 1965.
Folketrygdloven (1966):	Lov om folketrygd. Lov nr. 12 av 17. juni 1966. Loven er opphevet.
Forvaltningsloven:	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker. Lov av 10. februar 1967.
Merverdiavgiftsloven:	Lov om merverdiavgift. Lov nr. 66 av 19. juni 1969.
Likestillingsloven:	Lov om likestilling mellom kjønnene. Lov nr. 45 av 9. juni 1978.
Ligningsloven:	Lov om ligningsforvaltning. Lov nr. 24 av 13. juni 1980.
Kommunehelsetjenesteloven:	Lov om helsetjenesten i kommunene. Lov nr. 66 av 19. november 1982.
Alkoholloven:	Lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. Lov nr. 27 av 2. juni 1989.
Fikseoppdrettsloven:	Lov om oppdrett av fisk, skalldyr m.v.. Lov nr. 68 av 14. juni 1985.
EØS-loven:	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.. Lov nr. 109 av 27. november 1992.
Plan- og bygningsloven:	Plan og bygningslov. Lov nr. 77 av 14. juni 1985.
Konkurranseloven (1993):	Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet. Lov nr. 65 av 11. juni 1993. Loven er opphevet.
Smittevernloven:	Lov om vern mot smittsomme sykdommer. Lov nr. 55. av 5. august 1994.
Folketrygdloven:	Lov om folketrygd. Lov nr. 19 av 28. februar 1997.

Yrkestransportlova: Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy. Lov nr. 45 av 21. juni 2002.

Endringslov til ligningsloven: Lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv. Lov nr. 77 av 10. desember 2004. (Loven har bare delvis trådt i kraft.)

6.2 Traktater

EF-traktaten: Treaty establishing the European Community (consolidated text) av 2002. Tilgang: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex/en/treaties/index.htm>

6.3 Forskrifter

Forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker: Forskrift om bindende uttalelser i skatte- og avgiftssaker. Forskrift nr. 1184 av 12. oktober 2001.

Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser: Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser. Forskrift nr. 1288 av 15. november 2002.

Tollforskrift av 2004: Forskrift om tollvesenets adgang til å gi bindende forhåndsuttalelser om klassifisering av varer i henhold til gjeldende tolltariff. Forskrift nr. 668 av 27. april 2004.

6.4 Forarbeider

Innstillingen: Forvaltningskomiteens innstilling av 13. mars 1958.
Ot.prp.nr.38 (1964-1965): Ot. prp. nr.38 (1964-1965). Proposisjon til lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), lov av 10. februar 1967.

- Innst. O. XXII (1968-1969): Innst. O. XXII (1968-1969). Innstilling fra justiskomiteen om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover, lov nr. 54 av 19. juni 1969.
- Ot. prp. nr. 33 (1974-1975): Ot. prp. nr. 33 (1974-1975). Proposisjon til lov om likestilling mellom kjønnene.
- Innst. O. nr. 50 (1976-1977): Innst. O. nr. 50 (1976-1977). Innstilling til lov om endringer i lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.), lov nr. 40 av 27. mai 1977.
- Ot. prp. nr. 7 (1996-1997): Ot. prp. nr. 7 (1996-1997). Proposisjon til lov om endringer i lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. og i visse andre lover, lov nr. 28 av 16. mai 1997.

6.5 Andre offentlige dokumenter

Forslag til avgjørelse fra
generaladvokat Kokott

av 1. mars 2005:

Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Kokott av 1. mars 2005: Tilgang: <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=da&Submit=S%F8g&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=C-458%2F03&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

Fortolkningsuttalelse
fra NHD av 16. mars

2003:

Anmodning om å vurdere om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, når det skal inngås avtale om driftstilskudd med privatpraktiserende fysioterapeut.

Fortolkningsuttalelse fra Nærings- og

handelsdepartementet av 16. mars 2003. Tilgang:

<http://odin.dep.no/mod/norsk/tema/offentlig/p30000502/024081-990125/dok-bn.html>

Konkurransetilsynets vedtak nr. 97/848.

Lovavdelingen sak nummer 1742/198 E.

Lovavdelingen saknummer 95/08483.

Lovavdelingen sak nummer 2001/06706:

Tilgang: <http://www.dep.no/jd/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/012041-990045/ram075-bn.html#ram75>.

Rundskriv N-12/81: Rundskriv N-12/81 fra Samferdselsdepartementet av 24. juni 1981; *Fastsettelse av løyvedistrikt – Fastsettelse av antall løyver – Overgangsordning for fylkeskommunenes vedtak truffet i tiden frem til 1. august 1981.*

Rundskriv Q-0902-B: Rundskriv Q-0902 B av 20. desember 1995 fra Barne- og familiedepartementet.

Årsmeldingen for 1988: Sivilombudsmannens årsmelding for 1988.

Årsmeldingen for 1997: Sivilombudsmannens årsmelding for 1997.

Årsmeldingen for 1998: Sivilombudsmannens årsmelding for 1998.

Årsmeldingen for 1999: Sivilombudsmannens årsmelding for 1999.

Årsrapport for 2003 –

Klagenemnda for

offentlige anskaffelser.

Tilgang: <http://www.kofa.no/index.php?id=2>

6.6 Rettsavgjørelser

RG 1964 side 397 (Bergen byrett)

Rt. 1929 side 771

Rt. 1935 side 424

Rt. 1937 side 615

Rt. 1971 side 228

Rt. 1973 side 107

Rt. 1975 side 620

Rt. 1976 side 239

Rt. 1980 side 1299

Rt. 1990 side 688

Rt. 1991 side 1171

Rt. 1992 side 453

Rt. 1992 side 1235

Comission vs. France,

sak C-265/95:

EF-domstolens avgjørelse, Comission vs. France,

saksnummer C-265/95. Tilgang:

[http://curia.eu.int/jurisp/cgi-](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docj=docj&numaf=&datefs=&datefe=&nomusuel=Commission&domaine=&mots=farmers&resmax=100)

[bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docj=docj&numaf](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docj=docj&numaf=&datefs=&datefe=&nomusuel=Commission&domaine=&mots=farmers&resmax=100)

[f=&datefs=&datefe=&nomusuel=Commission&domaine=](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docj=docj&numaf=&datefs=&datefe=&nomusuel=Commission&domaine=&mots=farmers&resmax=100)

[&mots=farmers&resmax=100](http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Submit&docj=docj&numaf=&datefs=&datefe=&nomusuel=Commission&domaine=&mots=farmers&resmax=100).

Rt. 1997 side 1341

Rt. 1998 side 300

Rt. 1998 side 1398

Rt. 1999 side 1517

Rt. 1999 side 1672

Rt. 2002 side 19

Hålogaland Lagmannsretts

dom av 19. mai 2003:

Upublisert dom. Tilgang: Lovdata. Saksgang: LH-2002-0899.

Kjennelse fra Oslo

Byfogdembete av

16. juli 2004:

Upublisert kjennelse. Tilgang: Lovdata. Saksgang: TOBYF-2004-1049.

Rt. 2004 side 843

RG 2004 side 1176 (Agder lagmannsrett)

6.7 Litteratur

Aulstad (2004):

Aulstad, Johan Greger: *Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak*. I: Jussens Venner 2004 side 74 flg.

Backer (1986):

Backer, Inge Lorange: *Naturvern og naturverninnngrep*, 1986.

- Bernt (1981 a): Bernt, Jan Fridtjof: *Avtaler med stat og kommune*, Bergen 1981.
- Bernt (1981 b): Bernt, Jan Fridtjof: *Hvorvidt det er hensiktsmessig å sammenfatte rettsvirkninger av feil i forvaltningsvedtak ved hjelp av ugyldighetsbegrepet*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1981 side 104 flg.
- Bernt/Rasmussen (2003): Bernt, Jan Fridtjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett*, 2003.
- Boe (1993): Boe, Erik: *Innføring i juss bind 2*, 1993.
- Boe (1999): Boe, Erik: *Klagerett når myndigheter unnlater å bruke kompetanse*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1999 side 5 flg.
- Boe (2000): Boe, Erik: *Enkeltvedtak – da og nå*. I: Lov og Rett 2000 side 350 flg.
- Boe (2004): Boe, Erik: *Lovregulering av utbyggingsavtaler – to konkurrerende lovforslag*. I: Lov og Rett 2004 side 515 flg.
- Braun (2000): Braun, Peter: *A matter of principles – The treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives*. I: Public Procurement Law Review 2000 side 39 flg.
- Castberg (1955): Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten* 3. utgave 1955.
- Eckhoff (1976): Eckhoff, Torstein: *Retten og samfunnet*, Oslo 1976.
- Eckhoff (2000): Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utgave ved Helgesen, Jan E.
- Eckhoff/Smith (2003): Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsrett*, 7. utgave 2003.
- Frihagen (1986): Frihagen, Arvid: *Forvaltningsloven kommentarutgave* 2. utgave 1986.
- Frihagen (1977): Frihagen, Arvid: *Avtaler med forvaltningsmyndighetene*, 1977.
- Frihagen (1989): Frihagen, Arvid: *Avtaler og forhåndstilsagn om regulering*. I: Jussens Venner 1989 side 315 flg.

- Frydenberg (2003): Frydenberg, Bernt: *"Enkeltvedtak" – Et begrep i dynamisk utvikling*. I: Lov og Rett 1999 side 599 flg.
- Graver (2003): Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utgave 2003.
- Graver (2004): Graver, Hans Petter: *Konsesjoner og konkurranse - om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser*. I: Lov og Rett 2004 side 224 flg.
- Holgersen (1984): Holgersen, Gudrun: *Likestillingsloven*, 1984.
- Haaskjold (2002): Haaskjold, Erlend: *"Kontraktsforpliktelser"*, 2002.
- Knoph: Betenking fra Knoph, Ragnar som Høyesterett refererer til i Rt. 1929 side 771 men som ikke virker å være bevart for ettertiden.
- Kraby (1996): Kraby, Ida Hjort: *Hva er lov? Særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger*. I: Jussens Venner 1996 side 145 flg.
- Kragset (1998): Kragset, Ingvald: *Treffer forvaltningen enkeltvedtak når den ikke griper inn?* (Studentavhandling av februar 1998).
- Krugner (2003): Krugner, Matthias: *The principles of equal treatment and transparency and the commission interpretive communication and confession*. I: Public Procurement Law Review 2003 side 181 flg.
- Skoghøy (2001): Skoghøy, Jens Edvin Andreassen: *Tvistemål*, 2. utgave 2001.
- Smith (1984): Smith, Eivind: *Rettsikkerhet ved offentlig tjenesteyting*, 1984.
- Woxholth (1999): Woxholth, Geir: *Forvaltningsloven med kommentarer*, 3. utgave 1999.